Die Auslegung von Willenserklärungen, mit denen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint sein kann.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Walther Bindhardt

Gerichtsassessor geb. in Schwäbisch-Gemünd

Marburg 1932

Gedruckt in der Buchdruckerei August Becker, Düsseldorf, Liebfrauenstraße 9

Die Auslegung von Willenserklärungen, mit denen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint sein kann.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Walther Bindhardt

Gerichtsassessor geb. in Schwäbisch-Gemünd

Marburg 1932

Gedruckt in der Buchdruckerei August Becker, Düsseldorf, Liebfrauenstraße 9

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. April 1932.

Berichterstatter:
Geheimrat Professor Dr. Franz Leonhard.

Frau Margarethe

zugeeignet.

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis

Bendix:	Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen BGB 1898.
Binder:	Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft. Dissertation Tübingen 1926.
v. Blume:	Zur Lehre von der Schuldübernahme. Iherings Jahrbücher Band 39, S. 390 ff.
Brattig:	Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft. Dissertation Leipzig 1907.
Brehmer:	Schuldübernahme zur Bürgschaft. Insbesondere kumulative Schuldübernahme zur Bürgschaft. Dissertation Breslau 1926.
Cosack:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 1922.
Cullmann:	Kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft. Dissertation Straßburg 1913.
Dernburg:	Die Schuldverhältnisse I. Abt. 1905. II. Abt. 1906.
Diefenbach:	Die Schuldmitübernahme und der abstrakte Schuldvertrag. Dissertation Straßburg 1914.
Endemann:	Lehrbuch des BGB I. Bd. 1903.
—	Der zehnte Jahrestag des neuen bürgerlichen Rechts DJZ 1910, S. 22.
Enneccerus:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. II. Abt. Recht der Schuldverhältnisse 1928.
Fricke:	Der Schuldbeitritt, insbesondere seine Form. Dissertation Marburg 1915.
Goldmann-Lilienthal:	Das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. I 1903.
Hellwig:	Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899.
Kosterlitz:	Bürgschaft und Schuldbeitritt unter besonderer Berücksichtigung der Form der Beitrittserklärung. Dissertation Breslau 1925.
Kreß:	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts 1929.
Leiser:	Der Schuldbeitritt. Dissertation Würzburg 1924.
Leonhard:	Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.

Levy: Anmerkung zu einer Reichsgerichtsentscheidung. JW 1921, S. 335.

Lippmann: Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des BGB. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 107, S. 1 ff.

— Der Kreditauftrag des BGB. Jherings Jahrbücher Bd. 48, S. 315.

Marck: Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. JW 1915, S. 311.

Martinius: Die Form der kumulativen Schuldübernahme. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Begründet von Gruchot, Bd. 49, S. 181.

Oertmann: BGB Allgemeiner Teil 1927
Recht der Schuldverhältnisse I. Abt. §§ 241—432, 1928.

Planck: Kommentar zum BGB II. Bd. 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse §§ 241—432, 1914.

Reichel: Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) 1909.

— Formstrenge Bürgschaft und formfreie Schuldmitübernahme. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, S. 125.

— Bürgschaft oder Schuldmitübernahme? Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 61, S. 548.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts 1928.

Riezler: Besprechung von Reichels Werk: Die Schuldmitübernahme. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Bankrecht Bd. 68, S. 275.

Salinger: Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28, S. 81.

Schneider: Das Eintreten neben die Schuld eines anderen (intercessio cumulativa). Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1909, S. 2 ff, 33 ff.

Schurter: Die Theorie der Schuldübernahme und das zukünftige schweizerische Zivilgesetzbuch. Zeitschrift für schweizerisches Recht. Jahrg. 42, S. 303 ff.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschen Reichsrecht 1903.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. 3, 1926.

Staudinger: Kommentar zum BGB II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse I. Teil §§ 241—580, 1912. Recht der Schuldverhältnisse §§ 241—252, 1927.

Stoll: Besprechung einer Entscheidung des Kammergerichts. J. W. 1927, S. 1109.

Strohal: Schuldübernahme. Iherings Jahrbücher Bd. 57, S. 231.

v. Tuhr: Die neuere Literatur zum BGB. DJZ 00, S. 349.

— Besprechung von Hellwigs Werk: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 43, S. 542ff.

— Besprechung von Westerkamps Werk: Bürgschaft und Schuldbeitritt. DJZ 08, S. 1177.

Warneyer: Kommentar zum BGB I. Bd. 1923.

Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. Rechts- und staatswissenschaftliche Studien Heft 33, Jahrgang 1908.

Wienstein: Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31, S. 1 ff.

— Das Erfüllungsversprechen. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Bd. 53, S. 555.

Witte: „Schuldübernahme, Bürgschaft, Gesamtschuld". Juristische Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreußen, 6. Jahrgang 1905, S. 69 ff.

Wolf: Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? Unter Berücksichtigung der Schriftform. Dissertation Würzburg 1908

Wüstner: Gibt es eine kumulative Schuldübernahme als Rechtsgeschäft eigener Art? Dissertation Heidelberg 1906.

Zeitschriften.

Deutsche Juristenzeitung.

Juristische Wochenschrift.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

„Das Recht".

Entscheidungssammlungen.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann (OLG. Rspr.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten. (Seuff. Arch.)

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. (Warn. Rspr.)

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB.

Einleitung.

Abgrenzung der Aufgabe.

Ebenso wie die gemeinrechtliche Dogmatik kennt auch die heutige Rechtswissenschaft den Sammelbegriff der Interzession[1]. Hierunter versteht man die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit. Es gibt dingliche Interzessionsarten, bei welchen der Dritte für die fremde Schuld ein bestimmtes Vermögensobjekt einsetzt, so z. B. die Hypotheken- und Pfandbestellung. Ferner Interzessionen, bei welchen er eine persönliche Verpflichtung eingeht; hierher gehören die Bürgschaft, die Schuldübernahme des BGB, der nicht im Gesetz geregelte Schuldbeitritt[2] und der Kreditauftrag des § 778. Man kann auch in kumulative und privative Interzessionen einteilen, je nachdem der Interzedent neben dem Schuldner eintritt oder ihn befreit. — Der Bürgschaft, dem Schuldbeitritt und dem Kreditauftrag ist der nicht im BGB geregelte Garantievertrag verwandt, d. i. das Versprechen, für einen bestimmten Erfolg einstehen zu wollen.

Die letztgenannten vier Vertragsarten dienen oft ähnlichen wirtschaftlichen Zwecken. So erklärt es sich, daß häufig Willenserklärungen vorliegen, mit denen jede der erwähnten Rechtsformen gemeint sein kann. Es bedarf dann der Auslegung. Wir wollen bei unserer Betrachtung von Garantievertrag und Kreditauftrag ganz absehen und uns nur mit Bürgschaft und Schuldbeitritt befassen. Wir werden zunächst darauf hinweisen, daß letzterer neben der Bürgschaft ein selbständiges Dasein führt, wobei wir die zwischen beiden bestehenden rechtlichen Unterschiede kurz skizzieren wollen. Unsere Hauptaufgabe besteht in der Untersuchung der Frage, wie Abmachungen auszulegen sind, die sowohl auf Bürgschaft wie Schuldbeitritt hindeuten. Wir werden hierbei die in dieser Beziehung bisher vorgeschlagenen Methoden auf ihre Verwendbarkeit prüfen und dann einen eigenen Vorschlag machen. Zum Schluß werden wir erörtern, ob eine Umdeutung von Bürgschaft in Schuldbeitritt möglich ist.

---

[1] Der von Reichel (S. 18) vorgeschlagenen Verdeutschung „Schuldbeitritt" können wir uns deshalb nicht anschließen, weil wier hiermit, wie gleich zu zeigen sein wird, etwas anderes meinen.

[2] Wir wählen diese von Westerkamp (S. 17) geprägte Bezeichnung, da sie sich immer mehr einzubürgern scheint. Es ist dasselbe gemeint, was man anderweitig kumulative Schuldübernahme, Schuldmitübernahme (so Reichel S. 1) oder bestärkende Schuldübernahme (so v. Blume S. 391) nennt.

Hauptteil.

Kapitel I.

§ 1.

Der Schuldbeitritt ist ein von der Bürgschaft zu sonderndes Rechtsgebilde; er unterliegt eigenen Rechtsbestimmengen.

Die Bürgschaft hat ihre Regelung im Gesetz erfahren. Das BGB bestimmt in § 765: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen." Eine Abart der gewöhnlichen ist die selbstschuldnerische Bürgschaft, von der § 773 Ziff. 1 spricht. Der Schuldbeitritt ist im Gesetz nicht geregelt. Hierunter versteht man den Vertrag, durch den ein Dritter eine Schuld in der Weise übernimmt, daß er nicht wie bei der privaten Schuldübernahme an die Stelle des bisherigen Schuldners, sondern neben ihn tritt. Dadurch kommt zwischen dem Erstschuldner und dem Beitretenden ein Gesamtschuldverhältnis zustande. Kürzer kann man sagen: Schuldbeitritt ist Beitritt als Gesamtschuldner[1]. Ein solcher Vertrag kann durch Vereinbarung zwischen dem Beitretenden und dem Gläubiger zustande kommen, aber auch durch eine solche zwischen dem alten und neuen Schuldner. Es liegt dann ein Vertrag zu Rechten eines Dritten, nämlich des Gläubigers, vor. Letzterer Fall bleibt im Rahmen unserer Untersuchung außer Betracht. Ein Bürgschaftsversprechen kann nur dem Gläubiger gegeben werden, nicht etwa auch dem Schuldner zu Rechten des Gläubigers. Die Frage, ob mit einer Parteierklärung Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint ist, kann also nur dann auftauchen, wenn der Dritte unmittelbar mit dem Gläubiger abgeschlossen hat.

Es wird vereinzelt bestritten, daß der Schuldbeitritt neben der Bürgschaft ein selbständiges rechtliches Dasein führe. Daß dies der Fall ist, müssen wir in den Grundzügen darlegen. Hätten nämlich die Gegner Recht, so erübrigte sich unsere ganze Untersuchung. Witte[2] führt aus, daß für das Verkehrsbedürfnis, dem alles Privatrecht dienen solle, die Bürgschaft des BGB eine in jeder Beziehung ausreichende Einrichtung schaffe und fragt, wozu man daneben noch die sogenannte kumulative Schuldübernahme gelten lassen solle. v. Tuhr[3] erschien es ursprünglich zweifelhaft, ob es eine formlose kumulative Schuldübernahme gibt. Später

---

[1] ähnlich Reichel S .1.

[2] S. 71

[3] DJZ 00, S. 349 u. Krit. Vierteljahresschrift Bd. 43, S. 560

hat er aber, wohl unter dem Eindruck von Westerkamps Arbeit, seine Meinung geändert[1]. Die selbständige Natur des Schuldbeitritts wird fernerhin von Bendix[2] geleugnet. Ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, wonach dieser nicht an die Stelle des Schuldners, sondern kumulativ neben diesen als Solidarschuldner treten soll, kann nach seiner Auffassung nur als selbstschuldnerische Bürgschaft beurteilt werden. Seltsam ist der Standpunkt Wüstners[3]. Obligatorische Rechtsgeschäfte seien eigener Natur, wenn sie eine besondere causa hätten. Bei einem Vertrage aber, durch den ein Drittschuldner sich dem Gläubiger des Urschuldners gegenüber verpflichte, neben letzterem solidarisch haften zu wollen, sei die causa nicht ohne weiteres erkennbar, sei nicht stets dieselbe. Sie könne verschiedenartig sein, aber eine dem Versprechen eigene, stets gegebene causa sei nicht denkbar. Das Versprechen könne somit nicht ein eigenartiges Rechtsgeschäft, der Schuldbeitritt kein eigenartiger Vertrag sein.

Man hat behauptet, daß auch v. Blume dem Schuldbeitritt die Daseinsberechtigung abspreche. Das ist nicht der Fall. Er legt zwar dar[4], daß in der Lehre von der Bürgschaft im § 773 Ziff. 1 die Verbürgung als Selbstschuldner erwähnt und daß das die bestärkende Schuldübernahme des Gesetzes sei. Es könne nur gebilligt werden, daß sie als Unterart der Bürgschaft behandelt werde; denn Verbürgung sei ihr praktischer Zweck. Hieraus haben manche, z. B. auch Reichel[5] entnommen, daß v. Blume den Schuldbeitritt mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft für identisch halte. Der genannte Schriftsteller untersucht aber dann weiterhin, wie Parteierklärungen auszulegen sind, mit denen sowohl privative wie „kumulative" Schuldübernahme gemeint sein kann. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die nachträgliche Begründung einer Gesamtschuld für den Uebernehmer „nur in Ausnahmefällen" einen Zweck haben könne, da sie lediglich dem Gläubiger Nutzen bringe. Und so könne also die Auslegungsregel nur lauten: Im Zweifel für befreiende Schuldübernahme. Man wird deshalb v. Blume nicht zu den bisher Genannten rechnen dürfen. Immerhin ist zuzugeben, daß seine Darlegungen Anlaß zu Mißverständnissen geben können.

Zu den Gegnern rechnet auch nicht Staub, wie von mancher Seite, so auch wieder von Reichel[6] behauptet wird. Staub[7] möchte bloß den Namen „kumulative Schuldübernahme" für unsere Rechtsfigur vermieden wissen, da dies ein Widerspruch in sich selbst sei. Weiter will er nichts sagen. Wie wir faßt auch Leonhard[8] Staubs Darlegungen auf. Desgleichen bestreitet auch nicht Schurter, wie irrtümlich geglaubt wird, die

[1] DJZ 08, S. 1177
[2] S. 330, 393
[3] S. 26
[4] S. 426.
[5] S. 66.
[6] S. 5.
[7] 8. Aufl. Anm. 9 zu § 25.
[8] S. 699.

selbständige Existenz des Schuldbeitritts. Er hält ihn nur für selten[1]. Letztens darf auch nicht die erste zu unseren Fragen ergangene Reichsgerichtsentscheidung[2] hierher gerechnet werden. Diese Entscheidung läßt es „dahingestellt", ob ein von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedener Schuldbeitritt denkbar ist. Das wird aber schon in dem darauf ergehenden Urteil[3] bejaht.

Denjenigen, die bestreiten, daß der Schuldbeitritt neben der Bürgschaft ein selbständiges rechtliches Dasein führe, kann man folgendes entgegenhalten:

Daraus, daß der Schuldbeitritt im Gesetz nicht besonders erwähnt und geregelt ist, läßt sich nichts herleiten. Im Gegensatz zum Sachenrecht herrscht im Gebiete des Schuldrechts der Grundsatz der Inhaltsfreiheit. Jede vertragliche Rechtsgestaltung wird vom Gesetz geschützt, es sei denn, daß sie ausdrücklich verboten ist. Da dies hinsichtlich des Schuldbeitritts nicht der Fall ist, muß er zugelassen werden. Aus dem Umstande aber, daß er im BGB keinen besonderen Platz hat, darf nicht gefolgert werden, daß er ihm unbekannt sei. Er ist ihm geläufig, wie sich aus den §§ 419 und 2382 entnehmen läßt. In diesen Paragraphen läßt es bestimmte Personen unter bestimmten Voraussetzungen so haften, wie wenn ein Schuldbeitritt vereinbart worden wäre. Es regelt ihn nicht, verwendet aber seine Rechtsfolgen. Es kennt ihn also. Von ähnlichen gesetzlichen Bestimmungen seien noch die §§ 25—28 HGB, § 16 III des Gesetzes betr. die GmbH., § 23 Gen.-Ges., § 28 II des Ges. über das Verlagsrecht und § 81 ZVG genannt.

Aber noch aus einer andersgearteten Bestimmung des BGB geht hervor, daß ihm die in Frage stehende Vertragsart bekannt ist. § 329 lautet: „Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teils ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern". Das Gesetz geht also davon aus, daß zwischen Urschuldner und Drittem ein Vertrag möglich ist, aus welchem der Gläubiger das Recht erwerben soll, von dem Dritten die von dem Urschuldner geschuldete Leistung zu verlangen. Das ist nichts anderes als ein Schuldbeitritt[4]. Daß dieser auch in der Form eines Vertrages zu Rechten eines Dritten vorkommen kann, ist bereits gesagt.

Zur Begründung unserer Auffassung läßt sich auch § 427 heranziehen: „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner". „Gemeinschaftlich" heißt nicht „gleichzeitig". Eine gemeinschaftliche Verpflichtung liegt auch dann vor, wenn das Versprechen des zweiten Schuldners in einem späteren Zeitpunkt wie das des ersten erfolgt. Läßt man

---

[1] S. 375/76.

[2] RG Bd. 51, S. 120.

[3] RG Bd. 59, S. 232.

[4] Mit ähnlicher Begründung Wolf S. 55.

dies gelten, wie es auch heute allgemein getan wird[1], so läßt man damit auch den Schuldbeitritt zu. Denn dieser stellt nichts anderes dar, als daß ein Dritter sich nach Begründung der Urschuld durch Vertrag, sei es mit dem Gläubiger, sei es mit dem Urschuldner zu Rechten des Gläubigers, zu derselben Leistung wie jener verpflichtet. Wenigstens ist das die praktisch am meisten vorkommende Art eines Schuldbeitritts. Der theoretisch mögliche Fall, daß er gleichzeitig mit Begründung der Urschuld vorgenommen wird, ist zu selten und entspricht im übrigen ohne weiteres den Voraussetzungen von § 427. Wenn Westerkamp[2], gegen die hier vertretene ausdehnende Anwendung des genannten Paragraphen einwendet, daß danach die Bestimmung des § 769 überflüssig sei, so kann dem nicht beigetreten werden. Nach § 769 haften mehrere, wenn sie sich für dieselbe Verbindlichkeit verbürgen, als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Diese Bestimmung mußte besonders getroffen werden, da der genannte Paragraph auch die Fälle umfassen will, in denen der zweite Bürge von dem ersten nichts weiß, also keine Gemeinschaftlichkeit nach § 427 vorliegt[3].

Was dann letztens die Meinung Wüstners betrifft, so braucht man zur Widerlegung nur auf die privative Schuldübernahme hinzuweisen. Auch bei dieser schuldet der Schuldübernehmer nicht aus stets derselben causa, sondern aus der causa der übernommenen Schuld. Wüstner hätte sie also von seinem Standpunkt aus ebenfalls ablehnen müssen.

Mit diesen Ausführungen dürfte genügend dargetan sein, daß es einen von der Bürgschaft zu sondernden selbständigen Schuldbeitritt gibt. Dies ist auch die überwiegend herrschende Meinung[4].

Er ist von eigener rechtlicher Natur und folgt eigenen Regeln. Auf ihn finden nicht etwa, wie vereinzelt angenommen wird[5] die Vorschriften über Bürgschaft analoge Anwendung. Die Unterschiede sollen kurz aufgezeigt werden.

Verschiedenartig ist der Leistungsinhalt bei beiden Rechtsinstituten. Die Leistung des Bürgen geht nicht dahin, die Hauptschuld zu erfüllen, vielmehr dafür e i n z u s t e h e n, daß der Hauptschuldner seine Schuld ordnungsmäßig erfüllt. Der Beitretende hingegen steht mit dem Erstschuldner in einem Gesamtschuldverhältnis. Er schuldet dieselbe Leistung. — Ferner besteht eine Verschiedenheit hinsichtlich des Schuldgrundes. Der

---

[1] Siehe z. B. Enneccerus § 315 II 1 b; Leonhard S. 717; Kreß S .595; Warneyer zu § 427; Planck Anm. 1 zu § 427; Staudinger Anm. 2 zu § 427; RGRK Anm. 1 zu § 427. Ablehnend Oertmann Anm. 1. zu § 427 und wenige Andere.

[2] S. 294/95.

[3] Ebenso Reichel (S. 9)

[4] Enneccerus § 417 I; Kreß S. 495; Leonhardt S. 699; Oertmann Vorbem. 2 vor § 414; Planck Vorbem. 2a vor § 414; Staudinger Vorbem. 3 vor § 414; Warneyer Anm. I zu § 414; RGRK Anm. 1 zu § 414 und viele Andere.

[5] Z. B. Oertmann in den früheren Auflagen Vorbem. 5a vor § 420.

Bürge schuldet auf Grund des zwischen ihm und dem Gläubiger abgeschlossenen Bürgschaftsvertrages, nicht auf Grund des Hauptvertrages. Anders ist das beim Beitretenden. Er schuldet aus dem gleichen Schuldgrund wie der Urschuldner. — Hervorstechendes Merkmal der Bürgenschuld ist ihre streng akzessorische Natur. Die Schuld des Beitretenden ist zwar in ihrer Entstehung von der Urschuld abhängig, geht dann aber ihre eigenen Wege. — Der Bürge schuldet, von den Voraussetzungen des § 773 abgesehen, subsidiär, der Beitretende als Gesamtschuldner nicht.

Diese Zusammenstellung bedeutet nur eine Skizzierung und erschien zum Verständnis der folgenden Ausführungen notwendig. Sie folgt der Auffassung der herrschenden Meinung. Jüngstens hat allerdings Leonhard[1] dargelegt, daß die Schuld des Uebernehmers auch in ihrer Entstehung nicht von der Urschuld abhängig sei. Die Untersuchung dieser Frage würde aber über den Rahmen unseres Themas hinausgehen.

§ 2.

Willenserklärungen mehrdeutigen Inhalts. — Die Praxis bedarf einer Auslegungsregel.

Im praktischen Leben begegnen uns Bürgschaft und Schuldbeitritt nicht in der scharfumgrenzten Form, wie wir sie uns eben veranschaulicht haben. Das Verkehrsleben hält sich nicht die rechtliche Natur der Verträge mit allen sich daraus ergebenden Folgen vor Augen. Es kümmert sich nicht darum, ob die von ihm gebrauchten Ausdrücke und Bezeichnungen der juristischen Terminologie entsprechen. Ausnahmen bestehen nur da, wo eine rechtskundige Hand mitgewirkt hat.

Um eine Vorstellung davon zu bekommen, welcher Erklärungen sich der Verkehr gerade auf unserem Gebiete bedient, sei eine Reihe von Beispielen gebracht. Diese entnehmen wir Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich mit der Frage zu befassen hatten, ob mit den betreffenden Erklärungen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint war. Das hat den Vorzug, daß wir uns auf dem Boden der Praxis bewegen.

Die Klägerin hatte an den Sohn des Beklagten eine Forderung. Nachdem der Sohn verschwunden war, erklärte der Beklagte einem Vertreter der Klägerin gegenüber mündlich, er wünsche nicht, daß die Sache an die Oeffentlichkeit komme, er wolle den ganzen Betrag selbst in zwei Raten vor und nach Weihnachten bezahlen. Er wolle für die Schuld seines Sohnes aufkommen. Die Klägerin solle um keinen Pfennig betrogen werden[2]. — Die Klägerin hatte eine Forderung gegen den Ehemann der Beklagten. Nach seinem Tode versprach die Beklagte der Klägerin mündlich, das Konto ihres verstorbenen Mannes nach und nach zu begleichen[3]. — Die Klägerin hatte dem Vater des Beklagten auf Grund

[1] S. 701.

[2] RG Bd. 51, S. 120.

[3] RG Bd. 59, S. 232.

eines Kaufvertrages einen Gasmotor für die von ihm betriebene Waschanstalt geliefert. Der Vater war einen Rest des Kaufpreises schuldig geblieben. Der Beklagte übernahm die Waschanstalt und verpflichtete sich einem Prokuristen der Klägerin gegenüber mündlich, den Kaufpreisrest in den näher bestimmten Raten zu bezahlen[1]. — Ein Darlehnsschuldner gab seinem Gläubiger zur Sicherheit einen Wechsel, außerdem einen von seiner Tante, der Beklagten, unterschriebenen Schuldschein, welcher lautete: „Schuldschein über M. 3 000,00, dreitausend Mark, welchen Betrag ich Unterzeichnete, für meinen Neffen O. K. in M. Ende Dezember 1904 zu zahlen mich verpflichte, und zwar an den Inhaber dieses Schuldscheins laut eigenhändiger Unterschrift. Unterschrift, Ausstellungsort und Datum"[2]. — Die Tochter der Beklagten leitete ein Zweiggeschäft der Klägerin. Bei der Geschäftsführung ergab sich angeblich ein Fehlbetrag. Die Beklagte gab einem Vertreter der Klägerin gegenüber wiederholt die mündliche Erklärung ab, sie wolle nicht, daß der Klägerin zuviel an der Forderung ihrer Tochter gegen die Firma angerechnet werde; wenn ein Pfennig in der Kasse fehle, würde sie dafür aufkommen[3]. — Einem Bauhandwerker kamen nach Vollendung eines Teiles der Arbeiten Bedenken wegen der Zahlungsfähigkeit des Bauherrn, er wandte sich deshalb an einen Hypothekengläubiger des Grundstücks, den Beklagten. Dieser erklärte, er (der Bauhandwerker) könne die Arbeiten ruhig machen; wenn er Geld brauche, solle er zu ihm kommen; er werde die Arbeiten bezahlen[4]. — Der Kläger hatte gegen den Ehemann einen Anspruch aus Miete und Darlehn. Die Ehefrau gab das mündliche Versprechen ab, daß sie dem Kläger das schulden wolle, was ihr Ehemann ihm aus Miete und Darlehn schulde[5]. — Der Kläger hatte dem Bruder des Beklagten geliefert, aber keine Zahlung erhalten. Der Beklagte erklärte, wenn sein Bruder nicht zahlen sollte, zahle er[6]. — Der Beklagte hatte dem Rechtsanwalt des Klägers auf dessen Darstellung über die Entstehung der Schuld seiner (des Beklagten) Frau und auf dessen Bemerkung, daß er schon den Auftrag zur Beantragung eines Arrestes gegen die Frau des Beklagten habe, dies aber im Interesse des Beklagten zur Vermeidung eines überflüssigen Skandals nicht wünschte, erklärt, daß er die Sache nicht zum gerichtlichen Eclat kommen lassen könne, daß er sich für die Freundlichkeit des Anwalts ihm gegenüber bedanke. Er erklärte dann ferner, er werde die ihm bezeichneten Forderungen des Klägers gegen seine Frau bezahlen, erkundigte sich nach dem Konto des Klägers und fragte, ob es noch einige Tage Zeit habe, er fahre nach Berlin, um dort das Geld flüssig zu machen, am Freitag, den soundsovielten wolle er zahlen[7].

---

[1] RG Bd. 64, S. 318.
[2] RG Bd. 71, S. 113.
[3] RG Bd. 90, S. 415.
[4] Warn. Rspr. 09, Nr. 16.
[5] Warn. Rspr. 1911, Nr. 171.
[6] JW 09, S. 459 Nr. 14.
[7] JW 1921 S. 335.

Diese Beispiele mögen hier genügen. Weiteres Material findet sich bei Reichel[1].

Von einer Ausnahme abgesehen ist allen anderen Fällen gemeinsam, daß die Versprechen des Dritten mündlich abgegeben worden sind. Und so ist denn auch folgender Vorgang den Gerichten hinreichend bekannt. Ein Dritter hat dem Gläubiger des Schuldners mündlich zugesagt, die Schuld des Letzteren zu bezahlen. Auf eine Aufforderung des Gläubigers zahlt der Dritte nicht. Jetzt strengt jener einen Prozeß an und zwar mit der Begründung, daß Schuldbeitritt vorläge. Auf Bürgschaft kann er sich nicht stützen, da ein daraus hergeleiteter Anspruch wegen Formmangels des Rechtsgeschäftes nicht durchdringen würde. Der Schuldbeitritt ist aber nach jetzt allgemein vertretener Auffassung formfrei. Der Dritte bestreitet die Vereinbarung eines solchen, er weiß nur etwas von einer Bürgschaft und beruft sich auf deren Nichtigkeit. Der Richter muß sich nun darüber klar werden, was von den Parteien in Wirklichkeit vereinbart worden ist, er muß den Vertrag auslegen. Je nach dem Ergebnis ist die Klage abzuweisen oder zuzusprechen.

Voraussetzung für eine Auslegung ist, daß die Parteien ein gültiges Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, daß nicht etwa unverbindliche Erklärungen abgegeben worden sind, denen es an einer rechtlichen Wirksamkeit mangelt. Solche Erklärungen kommen gerade auf unserem Gebiete häufig vor. Oft sagt ein Dritter, er werde „die Sache regeln", er wolle „dafür sorgen, daß der Gläubiger sein Geld bekomme" und was der Redensarten mehr sind. Hier ist immer genau zu prüfen, ob der Wille vorlag, sich zu verpflichten Sogar das Wort „bürgen" läßt dies nicht ohne weiteres erkennen Auch das Reichsgericht[2] hatte einmal einen Fall zu entscheiden, wo die Parteien darüber stritten, ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint war, während eine rechtliche Bindung überhaupt fehlte.

Liegt eine solche vor, ist aber zweifelhaft, ob sie ein Bürgschafts- oder ein Schuldbeitrittsversprechen enthält, so wird der Richter zunächst von der ihm obliegenden Fragepflicht Gebrauch machen und versuchen, auf diesem Wege Klarheit zu erlangen. Manchmal wird er dann einen Erfolg sehen. Sehr oft aber auch nicht.

Man könnte weiter auf die Auslegungsregeln des BGB hinweisen. So bestimmt § 133, daß bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Nach § 157 sind Verträge auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern[3]. Diese Bestimmungen helfen uns nicht viel. Sie sind allgemeinerer Art. Sie wollen nur Richtlinien geben. Bei einer Auslegungsfrage aber wie der von uns zu behandelnden bedarf es noch einer speziellen Regel.

---

[1] S. 285 ff.

[2] RG Bd. 78, S. 37.

[3] Aus dem einschlägigen Schrifttum seien vor allen Dingen genannt: Manigk, Irrtum und Auslegung 1918; Franz Leonhard in Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 120, S. 14 ff und Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1910.

Einige Schriftsteller verkennen dies nicht, sagen aber eigentlich nicht mehr, als das ausgelegt werden soll. Nach Endemann[1] ist, wenn ein neuer Schuldner neben den bisherigen auf Grund eines Vertrages eintritt, aus diesem zu entnehmen, ob er als Gesamtschuldner oder als Bürge eintritt. Derselben Meinung ist Kreß[2], nach welchem nur nach der einzelnen Vereinbarung beurteilt werden kann, ob die Uebernahme der fremden Schuld privativ oder als Schuldbeitritt oder als Bürgschaft gemeint ist. Aehnlich äußert sich Dernburg[3], der die Absicht der Parteien, erkennbar aus ihren ausdrücklichen Erklärungen oder der Sachlage des Einzelfalles, für maßgebend erklärt. Ferner sei noch die Ansicht von Enneccerus[4] erwähnt: die Frage, ob im Einzelfalle Bürgschaft oder Schuldbeitritt vorliege, sei nicht nach den gebrauchten Worten allein, sondern nach den gesamten Umständen, zumal dem Zweck der Vereinbarung, zu entscheiden[5].

Alles dies mag gelten, es bringt uns aber nicht vorwärts. In den Fällen, wo eine Befragung der Parteien nicht zum Ziele führt, wo die allgemeinen Auslegungsrichtlinien keinen Erfolg bringen, braucht die Praxis eine besondere Auslegungsregel. Sie braucht eine Handhabe, die es ihr ermöglicht, Zweifelsfälle zu entscheiden. Die Methode zu liefern ist Aufgabe der Rechtswissenschaft. Wobei aber gleich zu betonen ist, daß diese immer nur Fingerzeige, Anregungen, oder wie man es nennen will, geben kann.

Es sind manche Vorschläge gemacht worden. Wir wollen sie im folgenden näher erörtern.

Kapitel II.

§ 3.

Die Auslegung aus dem Wortlau der Erklärungen

Man schlägt vor, die Auslegung aus den von den Vertragschließenden gebrauchten Worten zu gewinnen. Besonders empfiehlt dies Wienstein[6]. Ein solches Verfahren wird aber in den meisten Fällen nicht weit führen. Das Versprechen, für die Urschuld „einzustehen", deutet zwar zunächst auf eine Bürgschaft hin, wie das Versprechen, die Urschuld „erfüllen" zu wollen, auf einen Schuldbeitritt hinweist. Aber man wird sich bei diesen beiden oder ähnlichen Ausdrücken nur dann mit einer Wortauslegung begnügen können, wenn sie aus dem Munde eines Rechtskundigen stammen. Denn nur dieser weiß, daß der Bürge nicht

---

[1] S. 884 Anm. 3.

[2] S. 497.

[3] S. 392.

[4] § 308 III 2c.

[5] Ebenso wie die Genannten auch das OLG Dresden (Sächs. Arch für Recht Bd. 23, S. 98).

[6] Gruchot Beitr. Bd. 53, S. 559.

Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, sondern dafür einzustehen verspricht, daß der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nachkommt. Rechtsunkundigen Parteien sind diese Gedankengänge fremd. Sie bedienen sich der Worte ohne lange zu überlegen, was die Juristen darunter verstehen. „Die Verkehrssprache ermangelt einer unterscheidenden Gewöhnung in der Ausdrucksweise, die Geschäftssprache wirft Ausdrücke, die wohl geeignet sind, den Unterschied zum Ausdruck zu bringen, so sehr durcheinander, daß das Erfordernis der Trennung in der Sprache nicht den Anhalt finden kann, den es wohl darin in vielen Fällen finden könnte"[1]. Die vorgeschlagene Auslegungsmethode versagt aber ganz, wenn Ausdrücke gebraucht werden, die auf beide Rechtsinstitute passen: der Dritte verspricht, die Urschuld zu „bezahlen", „das Konto des Urschuldners zu begleichen" etc. Hiermit kann sowohl Bürgschaft wie Schuldbeitritt gemeint sein. Wiensteins Regel dürfte deshalb meistens zu keinem praktischen Ergebnis führen.

---

§ 4.

Der Unterschied zwischen den Begriffen „Schuld" und „Haftung" als Grundlage einer Auslegungsregel.

Auf eine besondere Weise faßt Marck[2] unser Problem an. Er sucht ihm dadurch näher zu kommen, daß er zwischen „Schuld" und „Haftung" unterscheidet. Er führt aus, daß die Bürgschaft kein neues Schuldverhältnis, sondern nur eine weitere Haftung erzeuge. Ihr Sinn und Zweck sei Sicherung des Gläubigers, ihrem inneren Wesen nach gehöre sie nicht zum Recht der Schuldverhältnisse, sondern stehe in einer Reihe mit den dinglichen Sicherungen, dem Pfandrechte und der Hypothek. Bei letzteren werde als Haftung für ein Schuldverhältnis eine Sache oder ein Recht eingesetzt, bei der Bürgschaft setze der Bürge sein ganzes wirtschaftliches Selbst ein. Ganz anders liege der Fall beim Schuldbeitritt. Hier werde nicht Sicherung, sondern Erfüllung versprochen. Der Beitretende wolle anstelle des Erstschuldners leisten. Er mache sich nicht stark dafür, daß der Erste zahle, sondern poche auf die eigene Tasche und erkläre, selbst aufzukommen. Hier liege nicht nur die Uebernahme einer Haftung vor, sondern das Eingehen einer eigenen Verbindlichkeit, die ihr normales Ende durch eigene Leistung finde.

Marck rührt damit an eine der umstrittensten Fragen aus dem Schuldrecht, an die Frage, in welcher Beziehung die Begriffe „Schuld" und „Haftung" zu einander stehen. Es ist uns im Rahmen unserer Aufgabe versagt, hierauf näher einzugehen; es bedarf dessen aber auch nicht. Nur soviel sei gesagt, daß für das geltende Recht eine Haftung ohne Schuld abzulehnen ist. Einleuchtend ist die Begründung Leonhards[3]. Er sagt, daß jede Vollstreckung einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuld-

[1] Westerkamp S. 308.
[2] S. 311.
[3] S. 33.

ner erfordere, also eben die Feststellung, daß er zur Leistung verpflichtet sei. Daraus ergebe sich nicht nur, daß jede Haftung das Bestehen einer Schuld erfordere, sondern ferner auch, daß nur eben derselbe, der Schuldner sei, auch hafte. Deshalb ist Marcks, im übrigen noch von anderer Seite[1] vertretene Auffassung, daß der Bürge hafte, aber nicht schulde, abzulehnen. Der Bürge ist echter Schuldner. Allerdings schuldet er nicht, wie schon erwähnt, dasselbe wie der Hauptschuldner. Er schuldet ein Einstehen. Mag man dieses Haftung nennen. Diese Haftung ist jedoch nichts anderes als der Inhalt seiner Schuld. Im übrigen ist diese genau so ausgestaltet wie alle Schuldverhältnisse des BGB, was auch aus dem Sprachgebrauch des Gesetzes (§§ 765, 767) hervorgeht. Die hier vertretene Auffassung darf als die herrschende bezeichnet werden.[2]

Aber selbst wenn wir der Ansicht Marcks folgen würden, würden wir der Lösung unserer Frage nicht näher gebracht. Seine Ausführungen bestehen darin, daß er die rechtliche Natur der uns interessierenden Vertragsarten aufzeigt. Er gibt aber kein Auslegungsmerkmal, wiewohl er sich diese Aufgabe gesetzt hat. Eingangs seines Aufsatzes lehnt er das reichsgerichtliche Interessekriterium als Auslegungsregel ausdrücklich ab und will eine eigene geben.

Davon abgesehen wird sich unsere Frage nur schwerlich dadurch lösen lassen, daß man Marcks Verfahren anwendet. Eine Untersuchung der rechtlichen Natur von Bürgschaft und Schuldbeitritt kann keine Antwort darauf geben, was man im Einzelfalle der Laie, unbeschwert von juristischen Vorstellungen, mit seiner unklaren Erklärung gemeint hat. Die von uns zu untersuchende Frage ist doch eben die, wann Bürgschaft und wann Schuldbeitritt, mögen sie rechtlich geartet sein wie sie wollen, anzunehmen ist. Hierin stimmt uns auch Oertmann[3] zu.

Marcks Kriterium ist von der Praxis nicht unbeachtet gelassen worden. So hat sich z. B. das Oberlandesgericht in Hamburg in einer neueren Entscheidung[4] dahin ausgelassen, daß man bei unserer Auslegungsfrage weniger auf den Umstand zu sehen habe, ob der Schuldübernehmer ein eigenes wirtschaftliches Interesse an seiner Verpflichtung habe, das auch bei einer Bürgschaft sehr wohl bestehen könne, als darauf, ob nur eine Sicherheit oder direkt die Erfüllung der Verbindlichkeit versprochen werde.

§ 5.

„Subjektive" Kriterien.

Wir lassen dann einige Vorschläge folgen, die wir zusammenfassend „subjektive" Kriterien nennen wollen. Dies deshalb, weil sie irgendein

1 Z. B. von Isay (Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht, Iher. Jahrb. Bd. 48, S. 198 ff), Gierke (Deutsches Privatrecht III, S. 13 ff) und anderen

2 Leonhard S. 35, Oertmann S. 4, Staudinger 9. Auflage 1927 Einl. S. 6 und viele andere.

3 Vorb. 6 vor § 414 S. 472.

4 Hans. Ger. Z. 1927, Hauptblatt S. 84.

Willensmoment der Vertragsschließenden heranziehen und darauf eine Auslegungsregel aufbauen. Die hierher gehörenden Kriterien gehen im einzelnen verschiedene Wege.

Siber[1] geht von dem uns schon bekannten Unterschied aus, daß bei der Bürgschaft im Gegensatz zum Schuldbeitritt nicht Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, sondern ein Einstehen für den Hauptschuldner geschuldet wird. Er weist darauf hin, daß der Bürge mit seiner Leistung nur die Bürgschaftsschuld tilge, daß die Hauptforderung bestehen bleibe und auf ihn kraft Gesetzes übergehe. Der Schuldübernehmer tilge mit seiner Leistung die Hauptschuld, welche auf ihn deshalb nicht übergehe. Erfüllung der Hauptforderung dürfe die Praxis deshalb nur dann annehmen, wenn der Bürge (man würde richtiger sagen: der Dritte) zu erkennen gebe, daß er diese nicht erwerben wolle. Sonst sei nur Erfüllung der Bürgschaftsschuld anzunehmen, weil sie im Gesetz als Regel hingestellt werde und im Zweifel auch dem Parteiwillen entspreche. Da in den weitaus meisten Fällen der Bürge (richtiger: der Dritte) gegen den Hauptschuldner Regreß zu nehmen gewillt sei, so könne ihm der Uebergang der Hauptforderung, auch wenn er aus Rechtsunkenntnis nicht darum wisse, zum mindesten nicht unerwünscht sein.

Siber gründet seine Auslegungsmethode also darauf, daß der Beitretende nach Befriedigung des Gläubigers angeblich keinen Regreßanspruch gegen den Urschuldner hat[2]. Diese Meinung ist irrig. Richtig ist nur, daß er anders als der Bürge nicht die Hauptforderung erwirbt. Man kann aber garnicht so allgemein sagen, daß er einen Regreßanspruch oder daß er keinen habe. Urschuldner und Beitretender stehen in einem Gesamtschuldverhältnis. Es findet deshalb § 426 Anwendung. Von dessen Inhalt interessiert hier, daß Gesamtschuldner, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, im Verhältnis zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Ferner, daß auf einen Gesamtschuldner, soweit er den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner übergeht .Daß Erst- und Zweitschuldner zu gleichen Teilen verpflichtet sind, ist praktisch sehr selten .Meistens ist „etwas anderes bestimmt". Dies kann sich aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Schuldner oder aus Sinn und Zweck des zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses ergeben. Hat der Beitretende als Beauftragter des Urschuldners gehandelt, so nimmt er Regreß nach § 670, also auf das Ganze; ebenso bei Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn die Voraussetzungen von § 683 vorliegen. Liegen überhaupt keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen Ur- und Zweitschuldner vor, was sehr häufig vorkommen dürfte, so ergibt sich ein Regreßanspruch auf das Ganze nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Hier ist auch „etwas anderes bestimmt"[3]. Der Urschuldner ist bereichert um die Befreiung von seiner Schuld. Wir se-

---

[1] S. 238 ff.

[2] Aehnlich auch Lippmann, Jhr. Jahrb. Bd. 48, S. 329.

[3] Zustimmend Enneccerus § 318 II 2; Crome, Jhr. Jahrb. Bd. 35, S. 124 ff: Reichel S. 559.

hen also, daß in den praktisch wichtigsten Fällen, nämlich wenn der Beitretende als Beauftragter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt hat, oder wenn keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen den Schuldnern bestehen, ein Rückgriff auf das Ganze gegeben ist. Damit ist Sibers Auslegungsregel die Grundlage entzogen.

Wollte man ihr aber folgen, so dürfte es im Einzelfalle sehr schwierig sein festzustellen, ob der Dritte eine Regreßforderung hat erwerben wollen oder nicht. Meistens wird er sich darüber keine Gedanken gemacht haben.

Ein anderes Auslegungsmerkmal gibt Wolf: „Ergibt sich aus den „besonderen Umständen" des Tatbestandes, daß der Dritte beim Vertragsabschluß hoffte oder hoffen konnte, aus dem Vertrage nicht in Anspruch genommen zu werden, so liegt im Zweifel Bürgschaft vor, weil er sich für eine fremde Verbindlichkeit verpflichtete; wußte dagegen der Dritte beim Vertragsabschluß bestimmt, daß er zahlen muß, so liegt im Zweifel kumulative Schuldübernahme vor, weil er dann das Bewußtsein hat, mit dem Zahlungsversprechen eine eigene Verpflichtung eingegangen zu haben, für die er selbst aufkommen muß"[1]. Staudinger[2] hält dies Kriterium für „beachtlich". Marck[3] und Reichel[4] lassen es gelten. Von den Gerichten hat sich u. a. das Oberlandesgericht in München einmal auf Wolf berufen, als es zu entscheiden hatte, ob Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint war[5].

Wolf ist mit noch anderen, wie z. B. Wienstein[6] der Meinung, daß eine Bürgschaft dann nicht versprochen zu werden pflege, wenn bereits feststehe, daß der Hauptschuldner nicht zahlt. Dieser Umstand soll sich angeblich nicht mit der Wesensart der Bürgschaft vertragen.

In diesem Zusammenhange ist zunächst auf eine andere Ansicht hinzuweisen, die sich manchmal in der Praxis vorfindet, wonach in einem solchen Falle das Bürgschaftsversprechen sogar nichtig ist. Diese Auffassung ist durch eine in dem Kommentar von Reichtsgerichtsräten[7] bereits in den früheren Auflagen enthaltene Anmerkung hervorgerufen, die leicht zu Mißverständnissen Anlaß geben kann: „Steht z. Zt. der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung die Nichterfüllung schon fest, ist die Erfüllung unmöglich geworden oder ist bei der Ausfallbürgschaft der Ausfall, für den der Bürge einsteht, bereits erfolgt, so ist die Bürgschaft nichtig". Diese Anmerkung ist in ähnlicher Fassung in die Kommentare von Planck[8] und Staudinger[9] übergegangen. Damit, daß z. Zt. der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung die Nichterfüllung schon feststeht, sind die

---

[1] S. 91.
[2] Vorb. 3 zu 414.
[3] S. 313.
[4] S. 297.
[5] Seuff. Arch. Bd. 72, S. 183.
[6] Arch. f. Bürg. Recht Bd. 31, S. 16
[7] Anm. 4 zu § 765.
[8] Anm. 6c zu § 765.
[9] Anm. 4 zu § 765.

Fälle gemeint, wo die Hauptschuld bereits getilgt ist oder Unmöglichkeit im technischen Sinne vorliegt; nicht aber solche, wo die Leistung noch gemacht werden kann und bloß feststeht, daß der Hauptschuldner seiner Verpflichtung aus Geldmangel oder Böswilligkeit nicht nachkommen wird. Das ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, wie er in mehreren Entscheidungen zum Ausdruck kommt[1]. In diesen wird ausdrücklich betont, daß die Tatsache, daß der Schaden bereits eingetreten sei, oder die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit bereits feststehe, eine Bürgschaft nicht ausschließe. Im gleichen Sinne hat sich das Oberlandesgericht in Hamburg ausgesprochen[2].

Hier offenbart sich uns auch ein wesentlicher Unterschied zwischen der Bürgschaft und dem Garantievertrag. Durch diesen soll dem Gläubiger eine Sicherheit für die Zukunft gegeben werden, welche auf seinen Entschluß, das mit einer Gefahr verbundene Geschäft abzuschließen, bestimmend wirken soll. Der Schaden darf also noch nicht eingetreten sein. Ist dies doch der Fall, dann kann von einem Einstehen für einen Erfolg nicht mehr gesprochen werden. Die Zeit des Risikos ist vorüber[3]. Ein Garantieversprechen wäre hier mangels einer wesentlichen Voraussetzung nichtig. Anders jedoch ein Bürgschaftsversprechen, das gültig wäre.

Wir gehen aber noch weiter und sagen, daß in dem Falle, daß der Schaden bereits eingetreten ist, eine Bürgschaft nicht etwa nur ausnahmsweise versprochen zu werden pflegt, wir sind vielmehr der Ansicht, daß der gekennzeichnete Umstand ein recht häufiger Anlaß eines Bürgschaftsversprechens ist. Nur ein Beispiel: ein Darlehnsschuldner gerät in wirtschaftliche Schwierigkeiten und kann das Darlehn am Fälligkeitstermin nicht zurückzahlen. Der Gläubiger will aus irgendwelchen Gründen, z. B. weil er sich von einer Vollstreckung nichts verspricht, gegen ihn nicht vorgehen, verlangt aber eine Sicherheit. Hat der Schuldner keine Vermögensobjekte, die er verpfänden oder sicherheitshalber übereignen bezw. abtreten kann, so erscheint als das Gegebenste die Beibringung eines Bürgen.

Aber sehen wir von alledem ab. Selbst wenn wir Wolf folgen würden, wäre es in den allermeisten Fällen sehr schwer, aus den „besonderen Umständen" festzustellen, was der Dritte beim Vertragsabschluß hoffte oder hoffen konnte oder was er bestimmt gewußt hat. Sehr oft ist die Lage des Hauptschuldners undurchsichtig; niemand kann sagen, wie er sich in wirtschaftlicher Beziehung entwickeln wird. Es wird sich dann kaum eine Entscheidung ermöglichen lassen.

Manche Schriftsteller stellen Vermutungen auf. Solche können der Praxis wertvolle Hilfe leisten, wenn sie auf sicherer Grundlage stehen. Sehen wir zu, ob dies der Fall ist.

Man geht davon aus, daß der interzedierende Dritte das für ihn günstigere, ihn weniger belastende Rechtsgeschäft habe abschließen wollen. Man sagt: semper in obscuris, quod minimum est, sequimur, oder —

---

[1] Seuff. Arch. Bd. 72, S. 86; Recht 1921 Nr. 1354; JW 1921, S. 335; RG Bd. 90, S. 418.

[2] Hans. Ger. Z. 1906 Beiblatt S. 183.

[3] RG Bd. 90, S. 418.

was gleichbedeutend ist — in dubio mitius, in dubio pro reo, in dubio pro debitore. Die eine Richtung hält die Bürgschaft für das günstigere Rechtsgeschäft. Hierher gehören u. a. Riezler[1], Goldmann-Lilienthal[2], Brattig[3] und Binder[4]. Die andere hält den Schuldbeitritt für den für den Dritten günstigeren Interzessionsakt. Hierher gehören z. B. Westerkamp[5] und Stammler[6].

Beide Ansichten treffen nicht zu. Man kann sich garnicht so allgemein dahin aussprechen, daß die Bürgschaft oder der Schuldbeitritt gegenüber dem anderen Rechtsinstitut der weniger lästige Vertrag sei. Je nachdem von welcher Seite man die beiden betrachtet, ergibt sich ein ganz anderes Bild. In mancher Beziehung ist der Beitretende günstiger gestellt. Dies gilt z. B. von der Haftung für Verschulden des Erstschuldners. Der Bürge hat für ein Verschulden desselben einzustehen, § 767 I S. 1. u. 2; nicht aber der Beitretende, § 425 I u. II. Ebenso verhält es sich bei der Haftung für Verzug. Der Bürge haftet ferner für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, § 767 II; für den Beitretenden gilt dies nicht. Gerade durch Verschulden, Verzug, Kündigung und Prozeß kann die ursprüngliche Verbindlichkeit sehr anschwellen, ein Umstand, den der Beitretende nicht zu fürchten hat. In anderer Hinsicht hat aber der Bürge eine bessere Stellung. Er kann nach § 768 die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen, auch diejenigen, die erst nach Uebernahme der Bürgschaft entstehen. Dem Beitretenden stehen nur die zur Zeit der Schuldübernahme vorhandenen Einreden zu, da er die Urschuld so übernimmt, wie sie zu diesem Zeitpunkt beschaffen ist. Später geht er aber seinen eigenen Weg. Der Bürge kann nach § 770 die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten. Für den Beitretenden ist ein solches Recht nicht zu ersehen. Ebenso verhält es sich mit der Aufrechnung. Der Bürge hat nach § 770 II ein Leistungsverweigerungsrecht, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann; der Beitretende hat es nicht[7].

Es ist deshalb schwer zu sagen, wer die bessere Stellung hat. Hierin stimmen uns Leonhard[8] und Oertmann[9] zu. Wollte man es im übrigen auf die subsidiäre Natur der Bürgschaft abstellen und sie deshalb

---

[1] S. 278.

[2] S. 450 § 122 Anm. 4

[3] S. 38.

[4] S. 89.

[5] S. 294.

[6] S. 207.

[7] Diese Gegenüberstellung möge hier genügen. Wer sich für Einzelheiten interessiert, findet Ausführliches bei Reichel (S. 327) und Westerkamp (S. 360).

[8] S. 703.

[9] Vorbem. 6a vor § 414 S. 471 unten.

für das günstigere Rechtsgeschäft halten, so käme man damit ebenfalls nicht zum Ziele. Denn der selbstschuldnerische Bürge haftet auch nicht subsidiär, ist also dem Beitretenden in dieser Beziehung gleichgestellt.

Hiernach dürfte dargetan sein, daß sich eine Vermutung für eines der beiden Rechtsinstitute auf der Grundlage, wie es die genannten Autoren versucht haben, nicht gewinnen läßt.

Kapitel III.

§ 6.

Die Auslegung aus der Interessenlage.

Die im vorigen Paragraphen besprochenen Auslegungsregeln haben alle etwas Gemeinsames: sie sind auf ein Willensmoment abgestellt. Die eine fragt, ob der Dritte eine Regreßforderung gegen den Erstschuldner erwerben wollte, die andere, ob er hoffte, nicht in Anspruch genommen zu werden. Die Vermutungen gehen davon aus, daß sich der Interzedent möglichst wenig belasten will. Die beiden erstgenannten Vorschläge haben den Nachteil, daß sich in vielen Fällen nicht feststellen läßt, was der Dritte wollte, „hoffte" oder „bestimmt gewußt" hat. Hierauf wiesen wir hin . Deshalb gehen die nunmehr zu besprechenden Kriterien einen anderen Weg. Sie konstruieren einen Parteiwillen. Sie betrachten Bürgschaft und Schuldbeitritt in ihrer Eigenart und untersuchen, welchen Interessen jedes der beiden Rechtsinstitute zu dienen bestimmt ist. Liegt eine Willenserklärung vor, in der sowohl eine Bürgschaft als auch ein Schuldbeitritt erblickt werden kann, so prüfen sie die Interessenlage. Entspricht dieser eine Bürgschaft, so nehmen sie diese an; entspricht ihr Schuldbeitritt, dann diesen. Das führt, wie schon gesagt, dazu, daß der auslegende Richter einen garnicht vorhandenen Willen nachträglich konstruiert. Man mag deshalb gegen diese Art der Auslegung Bedenken haben. Was man ihr aber nicht versagen kann, ist die Anerkennung ihrer Zweckmäßigkeit. Oft wird man nicht anders zum Ziele kommen können. Die Praxis der Gerichte wendet sie dauernd an, und zwar ganz allgemein, nicht nur auf dem uns interessierenden Gebiete. Allerdings ist sie sich wohl meistens nicht dabei bewußt, daß der von ihr gefundene Wille ein hypothetischer ist.

Reichel[1] sieht einen scharfen Gegensatz zwischen der Auslegung aus der Interessenlage und den subjektiven Kriterien. Das trifft jedoch hinsichtlich der Vermutungen nicht zu. Zwar gehen diese von dem aus, was wahrscheinlich gewollt ist, aber letzten Endes konstruieren auch sie. Sie stützen sich auf den Erfahrungssatz, daß der Dritte immer den minder lästigen Interzessionsakt vornehmen will. Einen solchgearteten Willen schieben sie den Parteien im konkreten Fall unter, obwohl diese ihn vielleicht garnicht gehabt haben. Die Grenzen verwischen sich hier.

Einige Schriftsteller lehnen die Anwendung der gedachten Auslegungsmethode auf die uns interessierenden Fälle aus Gründen ab, die

[1] S. 236.

nicht den Kern der Sache treffen. Hierher gehören u. a. Riezler, Marck und Kreß. Riezler[1] führt aus, daß natürlich niemand ohne ein bestimmtes Interesse interzediere, aber häufig liege der Fall doch so, daß die Art dieses Interesses aus keinerlei bestimmten Umständen klar nach außen hervortrete, wenn es aber zum Streit komme, von jeder Partei in dem ihr günstigen Sinne gedeutet werde. Nach Kreß[2] sind die Interessen, Motive im Einzelfalle schwer zu durchschauen. Marck[3] sagt: „Die Beweggründe treten nicht immer hervor". Die hier Genannten scheinen also zu glauben, daß die Auslegung aus der Interessenlage die Beweggründe der Parteien zu erforschen suche. Das ist es aber gerade, was nach Ansicht dieser Lehre vermieden werden soll. Weil man die Beweggründe für schwer feststellbar hält, prüft man von höherer Warte aus die Interessenlage und nimmt einen hypothetischen Willen an.

Diese Bemerkungen allgemeinerer Art mögen hier genügen. Es erhebt sich nunmehr die Frage, wann Bürgschaft und wann Schuldbeitritt der Interessenlage entspricht. Die hierauf gegebenen Antworten unterscheiden sich von einander.

§ 7.

Interessenlagekriterien.

Wir wollen uns zunächst mit der eingehend begründeten Ansicht Reichels beschäftigen. Er legt dar, daß Wirkung und Zweck der Bürgschaft die Sicherung des Gläubigers gegen die Gefahren der Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners sei. Die Sicherung könne hierbei für den Interdezenten Selbstzweck sein, oder aber auch nur Mittel zum Zweck, so z. B. wenn er dem Schuldner Kredit verschaffen wolle. Reichel folgert deshalb, daß eine unklare Parteierklärung, die sowohl eine Bürgschaft wie einen Schuldbeitritt bedeuten kann, dann als Bürgschaft zu gelten habe, wenn das Interesse des Dritten nicht dahin gehe, das wirtschaftliche Verhältnis, das in dem Schuldverhältnis zum Ausdruck komme, in seiner eigenen Person zu begründen, wenn sein Interesse vielmehr auf den Wunsch beschränkt sei, entweder den Gläubiger zu sichern, oder dem konkreten Urschuldner, sei es allgemein Kredit zu verschaffen, sei es die Anspinnung oder Fortspinnung der gegenwärtig in Frage stehenden konkreten Kreditbeziehung zu erleichtern[4]. Um festzustellen, wann Schuldbeitritt der Interessenlage entspricht, will Reichel zunächst die gesetzlichen Fälle dieser Rechtsform untersuchen. Er geht

---

[1] S. 278.
[2] S. 497.
[3] S. 312.
[4] S. 257 ff.

dabei von der Auffassung aus, daß die rechtsgeschäftlichen Tatbestände, an die das Gesetz einen Schuldbeitritt zu knüpfen für gut befunden habe, im Zweifel zugleich die Basis für einen psychologischen Analogieschluß auf den mutmaßlichen Parteiwillen für die Fälle lieferten, in denen rechtsgeschäftliche Tatbestände vorlägen, die den hier gemeinten, von Gesetz ausdrücklich geregelten analog seien[1]. Bei seiner Untersuchung kommt er aber zu dem Ergebnis, daß bei den Tatbeständen der §§ 419, 2382, § 25 HGB etc. der Schuldbeitritt nicht die der Interessenlage angepaßte Rechtsform sei. Dies sei vielmehr die privative Schuldübernahme; und zwar deshalb, weil sich das Schuldinteresse vom Urschuldner auf den Dritten verschoben, überwälzt habe[2]. Er schlägt dann einen anderen Weg ein. Er weist darauf hin, daß Urschuldner und Beitretender Gesamtschuldner seien, also in einer rechtlichen Schuldgemeinschaft ständen. Eine solche sei in der Regel da anzunehmen, wo auch eine wirtschaftliche Gemeinschaft vorhanden sei. Schuldbeitritt entspreche der Interessenlage überall da, wo in Ansehung des wirtschaftlichen Verhältnisses, das in der Urschuld seinen rechtlichen Niederschlag finde, eine Interessengemeinschaft zwischen Urschuldner und Beitretendem bestehe.

Reichels Auslegungsmethode ist für den praktischen Bedarf „etwas zu gekünstelt"[3], geht aber auch von falschen Voraussetzungen aus. Zunächst kann nicht gutgeheißen werden, daß nur die Bürgschaft der Sicherung des Gläubigers diene. Wenn sich ein Gläubiger von einem Dritten dieselbe Leistung wie die vom Urschuldner geschuldete versprechen läßt, so bedeutet das im Ergebnis immer eine Sicherung für ihn. Hat er doch für seine Forderung statt eines nunmehr zwei Verpflichtete. Man kann sogar noch weiter gehen und sagen, daß der Schuldbeitritt gegenüber der einfachen Bürgschaft eine viel stärkere Sicherung bedeute. Bei der einfachen Bürgschaft muß sich der Gläubiger erst an den Hauptschuldner halten, beim Schuldbeitritt kann er einen von beiden nach seinem Belieben herausgreifen. Des ferneren kann die Sicherung für den Beitretenden auch Selbstzweck sein. Das ist kaum zu bestreiten. Gründe, die dagegen sprechen, sind nicht ersichtlich. Oft wird sie nur Mittel zum Zweck sein. Das ist aber — auch nach Reichels Meinung — beim Bürgen genau so.

Interessant ist festzustellen, daß Reichel in anderem Zusammenhange fast dieselbe Ansicht vertritt wie wir. An einer Stelle[4] seines Werkes heißt es, daß der Schuldbeitritt einen Sicherungseffekt besitze und oft auch geradezu bezwecke. Der Gläubiger sei natürlich besser gesichert, wenn er zwei Schuldner als wenn er nur einen habe. Der Schuldbeitritt eigne sich daher unzweifelhaft für die Zwecke der sogenannten Personalkaution oft beinahe ebenso gut wie die Bürgschaft. An einer

---

[1] S. 242.
[2] S. 265 ff.
[3] Riezler S. 278.
[4] S. 43.

anderen Stelle[1] wird dasselbe ausgeführt, außerdem werden zwei Urteile, die den entgegengesetzten Standpunkt vertreten, ausdrücklich abgelehnt.

Unsere Auffassung wird geteilt z. B. von Cosack[2], Westerkamp[3], Wolf[4] und Kreß[5]. Letzterer hält Reichel entgegen, daß mit dem Versprechen des Dritten, dieselbe Leistung wie der Urschuldner bewirken zu wollen, zunächst nur die Abwicklung, Sicherung dieser Leistung bezweckt sein könne.

Es will auch weiterhin nicht einleuchten, warum nur die Bürgschaft dazu geeignet sein soll, dem Urschuldner allgemein Kredit zu verschaffen, oder die Anspinnung oder Fortspinnung der gegenwärtig in Frage stehenden konkreten Kreditbeziehung zu erleichtern. Der Schuldbeitritt kann demselben Zweck dienen und erfüllt diese Aufgabe genau so gut wie die Bürgschaft. Hierin stimmt uns Westerkamp[6] zu.

Was dann Reichels Darlegungen bezüglich der dem Schuldbeitritt angepaßten Interessenlage angeht, so könnte man zunächst Bedenken in der Hinsicht haben, daß er seine Auffassung aus dem Wesen der Gesamtschuldnerschaft herleitet. Daß Gesamtschuldner eine rechtliche Gemeinschaft bilden, ist richtig. Diese kommt aber auch in Fällen vor, wo von einer w i r t s c h a f t l i c h e n Schuldinteressengemeinschaft keine Rede sein kann. Vor allem ist dabei an die §§ 830, 840 zu denken, wonach mehrere, die für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden nebeneinander verantwortlich sind, als Gesamtschuldner haften. Hier eine wirtschaftliche Schuldinteressengemeinschaft annehmen zu wollen, erschiene sehr gekünstelt. Das Gesetz bedient sich eben des Instituts der Gesamtschuldnerschaft, wo es ihm zweckmäßig erscheint.

Um dahin zu kommen, daß Schuldbeitritt dann der Interessenlage entspricht, wenn beide Parteien in einer wirtschaftlichen Gemeinschaft stehen, bedarf es jedoch garnicht des von Reichel gewählten Ausgangspunkts. Es folgt dies, wie wir an anderer Stelle noch zeigen werden, aus der Natur der Sache. Das Wesentliche ist aber, daß der gekennzeichneten Interessenlage nicht nur der Schuldbeitritt, sondern auch die selbstschuldnerische Bürgschaft angepaßt ist. Bei dieser Behauptung soll es hier sein Bewenden haben. Eine Begründung folgt aus Zweckmäßigkeitsgründen weiter unten. Damit kommen wir dann zu dem Ergebnis, daß Reichels Auslegungsmethode nicht verwendbar ist.

Im Zusammenhange mit dem bisher Besprochenen ist noch folgende Meinung Reichels abzulehnen: Die Uebernahme einer Bürgschaft erfolge aus altruistischen, der Schuldbeitritt aus egoistischen Motiven. Dieser Standpunkt läßt sich aus den bisher gebrachten Formulierungen

---

[1] S. 224.
[2] S. 645.
[3] S. 37.
[4] S. 29.
[5] S. 495.
[6] S. 37.

herauslesen. Er wird aber auch ausdrücklich vertreten[1]. Ihm stimmen Brattig[2], Wolf[3] und andere zu. Es kann jedoch nur zugegeben werden, daß eine Bürgschaft aus altruistischen Motiven vorkommen **kann**. Dies wird der Fall sein, wenn es sich um Bürgschaftsversprechen unter Verwandten, Freunden etc. handelt. In den übrigen Fällen des täglichen Lebens, unter Kaufleuten, Banken, Gewerbetreibenden etc. wird eine Bürgschaft nur bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Interesses übernommen. Kreß[4] bemerkt zu diesem Punkte mit Recht, daß der Altruismus dem Wirtschaftsverkehr ziemlich fremd sei.

Zusammenfassend stellen wir also noch einmal fest, daß wir Reichel keine Gefolgschaft leisten.

Im Anschluß an ihn müssen wir auf Diefenbach hinweisen, der behauptet, daß ein Schuldbeitritt niemals kontrahiert werden könne, wenn nicht ein Schuldinteressenübergang stattgefunden habe oder eine Schuldinteressengemeinschaft vorliege[5] Diese Behauptung läßt sich mit dem einfachen Hinweis auf die im Schuldrecht herrschende Inhaltsfreiheit widerlegen. Es ist wirklich nicht einzusehen, warum den Parteien die Rechtsform des Schuldbeitritts versagt sein soll, wenn diese Fälle nicht vorliegen[6].

Wir haben gesehen, daß Reichel bei der Untersuchung der dem Schuldbeitritt angepaßten Interessenlage von den gesetzlichen Fällen dieses Vertragstyps ausging, es dann aber verwarf, aus diesen eine Auslegungsmethode herzuleiten. Dies geschieht jedoch durch Salinger[7]. Er legt dar, daß Schuldbeitritt da zu finden sei, wo ein Dritter in das Rechtsverhältnis eines anderen eintrete und, nachdem er sich die rechtlichen Vorteile dieses Rechtsverbandes angeeignet habe, nun auch die aus diesem entsprungenen Pflichten tragen solle und wolle. Bei einem derartigen Sachverhalt trete Schuldbeitritt sogar mehrfach kraft Gesetzes ein, so in den §§ 419, 2382, 25 HGB, § 81 ZVG. Alle diese Fälle gäben das spezifische Merkmal auch für denjenigen Schuldbeitritt, bei welchem kraft Vertrages dem ursprünglichen Schuldner ein zweiter ohne Bürgschaftsabsicht als Gesamtschuldner hinzutrete.

Dieser Gedankengang hat auf den ersten Blick manches für sich, ist aber abzulehnen. Den genannten gesetzlichen Bestimmungen liegt der gemeinsame Tatbestand zugrunde, daß ein Vermögensobjekt auf einen Dritten übergegangen ist. Damit hat sich, wie Reichel[8], es ausdrückt, das Schuldinteresse von dem früheren Schuldner auf den Dritten verschoben. Ein solcher Umstand würde — und darin ist Reichel[9] ohne weiteres

---

[1] Gruchot Beitr. Bd. 61, S. 533.
[2] S. 34.
[3] S. 29.
[4] S. 497.
[5] S. 20 Anm. 22, S. 63.
[6] Siehe hierzu auch Seuff. Arch. Bd. 72, S. 183.
[7] S. 87
[8] S. 265.
[9] S. 274.

zuzustimmen — als die zweckmäßigste Form die privative Schuldübernahme erscheinen lassen. Das Gesetz hat sie trotzdem nicht gewählt. Es knüpft an den erwähnten Tatbestand die Folge, daß der Dritte für die Schulden des früheren Vermögensträgers neben diesem zu haften hat. Es wird seine Gründe dafür gehabt haben. Wir brauchen diesen nicht nachzuspüren. Wir dürfen aber nicht sagen, daß bei einem Sachverhalt, der den gesetzlich geregelten analog ist, Schuldbeitritt die geeignete Rechtsform sei. Hier ist privative Schuldübernahme am Platze. Man könnte einwenden, daß diese oft nicht zu Stande komme, weil der Gläubiger seine notwendige Mitwirkung versage. Das mag sein. Damit ist aber noch nicht widerlegt, daß bei einer Schuldinteressenüberwälzung am zweckmäßigsten eine Schuldübernahme nach BGB vereinbart würde. Und aus diesem Grunde dürfen wir die gesetzlichen Fälle des Schuldbeitritts für unsere Frage nicht heranziehen. Salingers Auffassung ist demnach abzulehnen.

---

§ 8.

Insbesondere das sogenannte „Interessekriterium".

Wir kommen nunmehr zu dem am meisten verbreiteten Kriterium, das wir im Anschluß an Levy[1] kurz das „Interessekriterium" nennen wollen. Dabei müssen wir uns bewußt bleiben, daß dieser Ausdruck auch auf die im vorigen Paragraphen besprochenen Auslegungsmethoden passen würde. Der Einfachheit halber wollen wir aber die Bezeichnung Levys beibehalten, da sie zweckmäßig ist und sich auch einzubürgern scheint. Das Interessekriterium erhält dadurch eine besondere Bedeutung, daß es vom Reichsgericht vertreten wird und infolgedessen auch bei den unteren Gerichten in weitestem Umfang Anwendung findet. Desgleichen wird es von einem großen Teil der Literatur befürwortet. Die Vertreter dieser Auslegungsmethode geben nicht alle die gleiche Formulierung und Begründung, unterscheiden sich vielmehr in Einzelheiten.

Wir wenden uns zunächst der reichsgerichtlichen Auffassung zu. Diese ist nicht einmalig entstanden und dann konsequent vertreten worden; sie hat einen langen Entwicklungsgang hinter sich, der nicht immer gradlinig war. Er sei hier kurz aufgezeigt, da dies zum Verständnis unserer Frage notwendig ist. Folgende Entscheidungen dürfen als die Marksteine auf dem Wege des Reichsgerichts angesehen werden.

Das erste Urteil (20. 3. 02)[2], das sich mit Bürgschaft und Schuldbeitritt befaßt, gibt noch keine Auslegungsregel, läßt es vielmehr, wie schon an anderer Stelle erwähnt worden ist, dahingestellt, ob beide Rechtsinstitute überhaupt von einander unterschieden werden können. — Das nächste (14. 11. 04)[3] bejaht diese Frage, stellt dann aber fest, daß der Regel nach und im Zweifel der Schuldbeitritt nichts ande-

---

[1] JW 1921, S. 335.

[2] RG Bd. 51, S. 120.

[3] RG Bd. 59, S. 232.

res als eine Bürgschaft sei. — Dann geht das Reichsgericht einen Schritt weiter. Es legt in einer neuen Entscheidung (23. 11. 06)[1] dar, daß es besonderer Umstände bedürfe, um auf den Willen schließen zu können, daß der neue Schuldner eine eigene selbständige Verbindlichkeit habe übernehmen wollen. Diese besonderen Umstände werden darin gefunden, daß der Dritte in dem konkreten Fall ein eigenes Interesse daran halte, die Gläubigerin durch Uebernahme einer selbständigen Zahlungsverpflichtung von Zwangs- oder Anfechtungsmaßregeln gegen den Urschuldner abzuhalten. — In einem weiteren Erkenntnis (30. 11. 07)[2] gibt es eine nähere Erläuterung der Umstände, aus denen auf Schuldbeitritt zu schließen ist. Es führt aus, daß ein solcher Umstand namentlich dann gegeben sei, wenn die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners auf einem Vertrage beruhe und die Vorteile aus diesem Vertrage ganz oder zum Teil dem Eintretenden zu gute kämen, wiewohl er selbst Vertragsteil nicht sei; denn es sei dann der ursprüngliche Schuldner zwar rechtlich der Verpflichtete aber wirtschaftlich sei der in die Schuld Eintretende derjenige, der die schuldige Leistung zu bewirken habe. — Dem Sinne nach wohl übereinstimmend heißt es in einem darauf folgenden Urteil (10. 1. 08)[3], daß Schuldbeitritt dann besonders in der Absicht der Parteien liege, wenn ein eigenes Interesse des Hinzutretenden an der Erfüllung der Gegenleistung gegeben sei. In dieser Entscheidung wird außerdem ausgeführt, daß ein Schuldbeitritt auch unter der Bedingung versprochen werden könne, daß der Urschuldner nicht zahle. Eine solche Bedingung würde keineswegs den begrifflichen Unterschied zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt beseitigen. — Welcher Art das eigene Interesse des Hinzutretenden sein muß, wird in einer nunmehr ergehenden Entscheidung (28. 9. 08)[4] gesagt. Es genüge nicht ein persönliches Interesse an der Erfüllung der Gegenleistung, es müsse vielmehr ein eigenes sachliches oder wirtschaftliches oder rechtliches Interesse sein. — Eine sehr scharfe Auffassung kommt in einem darauf ergangenen Urteile (1. 7. 09)[5] zum Ausdruck. Es heißt dort, daß ein sachliches unmittelbares Interesse an der Leistung des Gläubigers in dem Maße vorliegen müsse, daß angenommen werden könne, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben. — Dieser Standpunkt kehrt nicht wieder.

[1] RG Bd. 64, S. 318. Viel Kopfzerbrechen hat die Ueberschrift über diesem Urteil bereitet: „Unterschied der sogenannten kumulativen Schuldübernahme von dem Eintritt eines Dritten als Samtschuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis.“ Was damit gemeint ist, mag aber hier auf sich beruhen.

[2] Warn. Rspr. 08, Nr. 150.

[3] Warn. Rspr. 08, Nr. 199.

[4] Warn. Rspr. 09, Nr. 16.

[5] Gruchot Beitr. Bd. 54, S. 149.

In der nächsten Entscheidung (24. 1. 11)[1] wird ein eigenes sachliches und wirtschaftliches Interesse an der Uebernahme und Begründung einer eigenen Schuld gefordert. — Letztens sei noch ein Erkenntnis aus dem Jahre 1917 (28. 9. 17)[2] angeführt. Nach diesem muß der Eintretende ein eigenes unmittelbares sachliches Interesse an der Erfüllung des Vertrages und an der Leistung des Gläubigers haben, damit Schuldbeitritt angenommen werden kann. Zum Schluß heißt es dann: „Uebrigens sei bemerkt, daß das Bestehen eines sachlichen unmittelbaren eigenen Interesses des Eintretenden wohl regelmäßig einen Anhalt für die Annahme einer Schuldmitübernahme geben mag, daß aber ein solches Interesse unter Umständen sehr wohl auch den Beweggrund einer Bürgschaftsübernahme bilden kann".

Wünschenswert wäre es nun gewesen, wenn das Reichsgericht in einem neueren Urteil noch einmal Gelegenheit gehabt hätte, eine ganz eindeutige Formulierung seines Standpunktes zu geben. Ein solches Urteil scheint aber nicht ergangen zu sein. Wir müssen deshalb manche Unklarheiten und Widersprüche hinnehmen. So heißt es z. B. in der Entscheidung vom 10. 1. 08, daß ein eigenes „Interesse an der Erfüllung der Gegenleistung" gegeben sein müsse. Hingegen verlangt das Urteil vom 24. 1. 11 ein eigenes sachliches und wirtschaftliches „Interesse an der Uebernahme und Begründung einer eigenen Schuld". Das ist zunächst etwas anderes. Außerdem könnte man geltend machen, daß ein „Interesse an der Erfüllung der Gegenleistung", wie es das vorletzte Urteil verlangt, dann nicht mehr in Frage komme, wenn die Gegenleistung bereits gemacht ist. Aber das Reichsgericht wird wohl kaum auf dem Standpunkt stehen, daß in einem solchen Falle ein Schuldbeitritt nicht zulässig sei. — In dem Urteil vom 28. 9. 08 wird ein eigenes sachliches „oder" wirtschaftliches „oder" rechtliches Interesse verlangt, in dem Urteil vom 24. 1. 11 ein eigenes sachliches „und" wirtschaftliches Interesse. Auch hier liegt auf den ersten Blick ein Widerspruch vor. — Ganz eigenartig ist die Formulierung des Urteils vom 1. 7. 09, wonach das Interesse so stark sein muß, daß der Erklärende den Vertrag selbst abgeschlossen haben würde, wenn eine Verpflichtung des Gläubigers nicht oder nicht mehr bestehen sollte. Hiermit wird man sich nicht einverstanden erklären können. Es gibt Fälle, wo ein Vertragsschluß des Dritten garnicht in Frage kommen kann und dieser trotzdem wirtschaftlich ein starkes Interesse an der zwischen Gläubiger und Urschuldner bestehenden Rechtsbeziehung hat. Es genügt darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht selbst in anderen Entscheidungen nicht soweit gegangen ist. So waren in einem Falle[3] dem Klempnermeister nach Vollendung eines Teiles der Arbeiten Bedenken wegen der Zahlungsfähigkeit des Bauherrn gekommen. Er wandte sich deshalb an einen Hypothekengläubiger des Baugrundstücks, welcher für die Bezahlung der Arbeiten aufzukommen versprach. Hier nahm das

[1] Warn. Rspr. 1911 ,Nr. 171.

[2] RG. Bd. 90, S. 415.

[3] Warn. Rspr. 09, Nr. 16.

Reichsgericht Schuldbeitritt an, obwohl der Hypothekengläubiger, wie einleuchtet, kaum selbst mit dem Klempnermeister einen Vertrag über die Arbeiten abgeschlossen haben würde. — Wenn das Urteil vom 10. 1. 08 ausspricht, daß ein Schuldbeitritt auch unter der Bedingung versprochen werden könne, daß der Urschuldner nicht zahle, so kann das nicht bestritten werden. Fraglich will es aber erscheinen, ob in unklaren Parteierklärungen mit einer solchen Bedingung etwas anderes als eine Bürgschaft gefunden werden kann. Wir haben es meistens mit Laien zu tun. Wenn diese Zahlung für den Fall der Nichtleistung seitens des Urschuldners versprechen, so wird kaum etwas anderes als eine Bürgschaft vorliegen. Die Annahme des Gegenteils sieht doch zu sehr nach juristischer Konstruktion aus. Diese Bedenken scheinen aber im allgemeinen nicht geteilt zu werden, siehe z. B. Reichel[1], Warneyer[2] und Planck[3].

Sehen wir jedoch von diesen Einzelheiten geringerer Bedeutung ab. Manche Unklarheit wird sich als stilistische Unebenheit erklären lassen. Ohne uns den Vorwurf der Willkür zuzuziehen, dürfen wir den Standpunkt des Reichsgerichts so formulieren, daß der Eintretende ein eigenes unmittelbares sachliches Interesse an den Schuldbeziehungen zwischen Gläubiger und Urschuldner haben muß, sei es nun, daß die Erfüllung des Vertrages noch aussteht, sei es, daß ihm die Vorteile schon zugute gekommen sind. Ein solchgeartetes Interesse wird in Gegensatz zu einem mittelbaren wirtschaftlichen und einem persönlichen gestellt. Zur Erläuterung seien einige Beispiele aus der Rechtsprechung mitgeteilt.

Das Interesse der beitretenden Ehefrau, daß der Vermieter ihren Ehemann und so auch sie selbst in der Wohnung beläßt, wurde nicht als unmittelbares wirtschaftliches Interesse angesehen[4]. Ebenso nicht das Interesse des Beitretenden, daß der bereits anstehende Versteigerungstermin in der Pfändungssache der Urschuldnerin aufgehoben und von weiteren Zwangsmaßnahmen gegen diese abgesehen wurde und der Umstand, daß ihm daran gelegen war, daß seine Apparate noch einige Zeit unentgeltlich in den Mieträumen der Urschuldnerin verblieben[5]. In einem weiteren Falle wurde die Tatsache, daß der Beitretende als Beteiligter an einer Erfindung des Urschuldners dessen wirtschaftliche Schwächung durch ein gegen Letzteren ergehendes Urteil und damit seine eigene drohende Benachteiligung bei der Ausnutzung der Erfindung fürchtete, für die Annahme eines Schuldbeitritts nicht für ausreichend gehalten[6]. In all diesen Fällen wurde nur ein mittelbares wirtschaftliches Interesse bejaht.

Mit der Begründung, daß nur ein persönliches Interesse vorliege, wurde das Interesse des Beklagten, ein Vorgehen des Klägers gegen seinen Bruder mit Rücksicht auf dessen amtliche Stellung zu verhindern,

---

[1] S. 301
[2] Anm. IV zu § 414.
[3] Vorb. 3a β vor § 414.
[4] Warn. Rspr. 11, Nr. 171.
[5] JW 27, S. 1109.
[6] OLG Rspr. Bd. 32, S. 248.

nicht für genügend gehalten[1]; ebenso nicht das Interesse der beklagten Mutter, ihre Tochter vor einer Strafanzeige zu schützen und den Ruf der Familie nicht antasten zu lassen[2]; ferner nicht das Interesse des beklagten Ehemannes, daß es wegen der Forderung eines Rechtsanwalts gegen seine Ehefrau nicht zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt[3].

Wenn man schon ein eigenes sachliches unmittelbares Interesse fordert, so will nicht einleuchten, daß nicht auch das Interesse der Ehefrau, daß der Vermieter ihren Ehemann und so auch sie selbst in der Mietwohnung beläßt, diesen Anforderungen genüge. Man wird Leonhard[4] zustimmen müssen, der dies bejaht und in gleicher Weise entscheidet, wenn die Ehefrau für die Schulden ihres Ehemannes aus dem Kauf eines Automobils oder Klaviers beitritt. Sie genießt die Vorteile mit, unter Umständen sogar in verstärkterem Maße wie ihr Ehemann. Ihr Interesse ist durchaus ein unmittelbares. Das Gleiche ist anzunehmen, wenn ein Gesellschafter einer G. m. b. H. ein Interesse daran hat, daß die Gesellschaft geeignete Räume für ihre Geschäftszwecke erhält und wenn er ihr deshalb für die Mietschulden beitritt. Das hat auch das Reichsgericht in diesem Falle angenommen[5], obwohl man nach seiner sonstigen Stellungnahme erwarten sollte, daß es das Interesse des Gesellschafters nur für ein mittelbares halten würde.

Die Rechtsprechung der anderen Gerichte steht vereinzelt auf dem Standpunkt, daß nicht nur wirtschaftliche, sondern auch persönliche, ideelle etc. Interressen ausreichen. So hat das Oberlandesgericht in München[6] in einem Falle Schuldbeitritt angenommen, wo der Beitretende ein Interesse daran hatte, den guten Ruf der Familie zu erhalten. Das Oberlandesgericht in Jena[7] hat in gleicher Weise entschieden, als der Dritte aus gewissen Gründen die „moralische Verpflichtung" fühlte, für eine Schuld einzutreten. Erwähnenswert ist auch ein Erkenntnis des Landgerichts Leipzig[8]. Diesem lag der Tatbestand zu Grunde, daß der Beklagte für die Mietschuld seiner Mätresse aufzukommen versprach. Sein Interesse an einem fortdauernden ungestörtem Zusammensein wurde mit der Begründung für ein zum Schuldbeitritt führendes gehalten, daß immaterielle Interessen zuweilen viel stärker ins Gewicht fielen als materielle.

Diese Auffassung, die auch sonst noch vertreten wird[9], verkennt das Wesen des Interessekriteriums. Daß persönliche oder ähnliche Interessen unter Umständen ebenso stark oder stärker sein können als wirtschaftliche, kann nicht bestritten werden. Hierauf kommt es aber nicht an. Zu unter-

---

[1] JW 11, S. 581.

[2] RG Bd. 90, S. 415.

[3] JW 21, S. 335; siehe ferner OLG Rspr. Bd. 20, S. 163 Anm. 1.

[4] S. 702.

[5] Warn. Rspr. 15, Nr. 113.

[6] Seuff. Arch. Bd. 72, S. 183.

[7] LZ 1911, S. 313.

[8] DJZ 1912, S. 1304.

[9] Diefenbach S. 62; Leiser S. 96; Fricke S. 32 und andere.

suchen ist vielmehr, wann es die Interessenlage als gerechtfertigt erscheinen läßt, daß der Beitretende die Stellung eines zweiten Hauptschuldners bekommt. Und das ist nur dann anzunehmen, wenn er sachlich beteiligt ist. Wir werden darauf noch weiter unter näher einzugehen haben. Im übrigen würden sich dem auslegenden Richter unüberwindliche Schwierigkeiten in den Weg stellen, wenn er im einzelnen Falle untersuchen wollte, ob das persönliche Interesse ein besonders starkes war. Eine derartige Auslegungsmethode würde keinen praktischen Erfolg erzielen.

Aber noch eins kommt hinzu. In all den Fällen, wo nur ein persönliches Interesse vorliegt, ist ebensogut eine Bürgschaft am Platze. Wir haben oben schon gesehen, daß sich auch der Bürge nur selten von altruistischen Motiven leiten läßt, daß auch für ihn ein eigenes Interesse ausschlaggebend ist. Das Interessekriterium würde also immer dann versagen, wenn nur ein persönliches Interesse vorliegt. Denn dann können beide Rechtsformen gegeben sein. Diese Folge scheint von der Gegenmeinung nicht bedacht zu sein.

Was dann die Formulierungen der das Interessekriterium befürwortenden Literatur angeht, so können wir uns kurz fassen. Leonhard[1] fordert, daß der Hinzutretende ein eigenes unmittelbares sachliches Interesse am Geschäft habe. Wir haben gesehen, daß er diesen Begriff nicht so engherzig wie das Reichsgericht auffaßt. Auf seine Begründung werden wir noch einzugehen haben. Nach Staudinger[2] muß ein sachliches unmittelbares Interesse an der Leistung des Gläubigers in dem Maße vorliegen, daß angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben. Er schließt sich also jenem Reichsgerichtsurteil[3] an, das wir ablehnten. Planck[4] will Schuldbeitritt annehmen, wenn der Uebernehmer am Rechtsgrund der Urschuld ein eigenes Interesse hat. Warneyer[5] verlangt ein eigenes persönliches „oder" sachliches Interesse des neuen Schuldners an der Leistung des Gläubigers. Nach Oertmann[6] soll, wenn nicht ein eigenes Interesse des Schuldübernehmers an dem Schuldverhältnis, in das er eintritt, vorliegt, die Annahme einer formbedürftigen Bürgschaft viel näher liegen als die eines Schuldbeitritts. Dagegen soll bei „materieller Schuldinteressengemeinschaft" Schuldbeitritt im Zweifel als beabsichtigt zu unterstellen sein; eine allgemeine Vermutung erscheint Oertmann aber bedenklich[7]. Staub[8] und der Kommentar von Reichsgerichtsräten[9] schließen sich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung an.

---

[1] S. 703.
[2] Vorb. 3 S. 484 vor § 414.
[3] Gruchot Beitr. Bd. 54, S. 149.
[4] Vorb. 3a β vor § 414.
[5] Anm. II zu § 414.
[6] Vorm. 6a zu § 414 S. 472.
[7] Anders ein Teil der früheren Auflagen.
[8] Anm. 54 zu § 349 HGB.
[9] Anm .1 zu § 414.

§ 9.

Die Auslegung aus der Interessenlage führt bei Bürgschaft und Schuldbeitritt nicht zum Ziel.

Die Erörterungen des vorigen Paragraphen gingen von der Unterstellung aus, daß der gekennzeichneten Interessenlage allein der Schuldbeitritt angepaßt ist. Das trifft aber nicht zu. In all den Fällen, wo der Dritte ein eigenes sachliches unmittelbares Interesse hat, ist ebenso gut wie Schuldbeitritt auch selbstschuldnerische Bürgschaft am Platze. Dies soll im folgenden gezeigt werden. Das führt dazu, daß die Interessenauslegung für unsere Frage nicht zu verwenden ist.

Wir hatten schon oben festgestellt, daß, wenn sich das Schuldinteresse von einer Person auf eine andere vollkommen verschoben, überwälzt hat, die privative Schuldübernahme die der Interessenlage conforme Rechtsfigur ist. Wir hatten ferner darauf hingewiesen, daß ein Gläubiger oft die nach den §§ 414, 415 notwendige Mitwirkung versagen wird, daß aber diese Tatsache unserer Feststellung nicht entgegensteht. Bei der Frage nun, wann Schuldbeitritt der Interessenlage entspricht, müssen wir davon ausgehen, daß der Beitretende die Stellung eines vollen Hauptschuldners, nicht nur wie der Bürge die eines Nebenschuldners hat. Eine solche Position ist nach Leonhard[1] aber nur dann anzunehmen, wenn der Dritte an dem Geschäft ganz oder annähernd ebenso wie der Erstschuldner sachlich beteiligt ist, insbesondere also, wenn er dessen Vorteile mitgenießt. Dem wird man zustimmen müssen. Dasselbe meint Reichel[2] mit seiner wirtschaftlichen Interessengemeinschaft. Der übrigen Literatur und dem Reichsgericht ist der Vorwurf zu machen, daß dieser Gedanke nicht ganz klar zum Ausdruck gebracht wird. Man findet nirgends betont, daß Erst- und Zweitschuldner zusammen an dem Geschäft sachlich beteiligt sein, daß sowohl der eine wie der andere im Genuß der Vorteile aus dem Geschäft stehen muß. Und doch muß dies zur Abgrenzung der zur privativen Schuldübernahme führenden Interessenlage getan werden. Ganz mißverständlich ist in dieser Hinsicht die Entscheidung des Reichsgerichts vom vom 30. 11. 07[3], wonach man sich für Schuldbeitritt dann zu entscheiden hat, wenn die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners auf einem Vertrage beruht und die Vorteile aus diesem Vertrage ganz oder zum Teil dem Eintretenden zugutekommen, wiewohl er selbst Vertragsteil nicht ist. Denn es sei dann der ursprüngliche Schuldner zwar rechtlich der Verpflichtete, aber wirtschaftlich sei der in die Schuld Eintretende derjenige, der die schuldige Leistung zu bewirken habe. Aber gerade dann, wenn die Vorteile dem Eintretenden ganz zugutekommen, wenn er in wirtschaftlicher Beziehung als der Schuldner anzusehen ist, ist die Schuldübernahme des BGB am Platze.

In den Fällen, wo der Beitretende an dem Geschäft ganz oder annähernd ebenso wie der Urschuldner sachlich beteiligt ist, erscheint es

---

[1] S. 702.

[2] S. 274.

[3] Warn. Rspr. 08, Nr. 150.

angezeigt, ihm die Stellung eines vollen Hauptschuldners zu geben. Das läßt sich einmal mittels des Schuldbeitritts erreichen, zum anderen aber auch durch die Rechtsform der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Der selbstschuldnerische Bürge hat rein tatsächlich dieselbe Stellung wie ein Kumulativschuldner.

Rechtlich betrachtet schuldet der Bürge nicht dasselbe wie der Hauptschuldner. Seine Verpflichtung geht dahin, einzustehen für Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Hauptschuldner. Daß dies richtig ist, geht daraus hervor, daß eine Verbürgung auch für eine Schuld möglich ist, die auf ein unvertretbares, höchstpersönliches Tun gerichtet ist. Man denke an die Herstellung eines Kunstwerkes. Hier kann der Bürge nicht die Hauptverbindlichkeit erfüllen. Man kann auch auf § 774 hinweisen, wonach die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergeht, wenn er leistet. Würde der Bürge die Hauptschuld erfüllen, so würde diese nach § 362 erlöschen, von einem Uebergang könnte dann keine Rede mehr sein. Niemand wird aber bestreiten wollen, daß die Bürgschaft praktisch nur vorkommt, wenn die Hauptschuld auf ein vertretbares Tun, insbesondere auf Zahlung von Geld gerichtet ist. Hier ist die Leistung des Bürgen rein tatsächlich dieselbe wie die des Hauptschuldners[1]. Schuldet dieser hundert Mark, so muß auch der Bürge hundert Mark zahlen, um seine Verpflichtung zu erfüllen.

Der einfache Bürge ist erst zur Zahlung verpflichtet, nachdem der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Wird er vom Gläubiger belangt, so hat er die Einrede der Vorausklage, § 771. Man spricht hier von der subsidären Haftung des Bürgen. Insofern besteht ein Unterschied zwischen diesem und dem Beitretenden, der von vornherein, nicht erst nach dem Urschuldner, in Anspruch genommen werden kann. Der Unterschied fällt aber fort, wenn es sich um einen selbstschuldnerischen Bürgen handelt. Dieser hat nicht die Einrede der Vorausklage, haftet also primär. Man hat teilweise nachzuweisen versucht, daß seine Haftung im strengen Sinne des Wortes noch subsidiär sei; so ständen auch dem selbstschuldnerischen Bürgen die Rechte aus den §§ 770, 775, 776 zu. Das mag sein. Es kann aber nicht bestritten werden, daß der Gläubiger den Bürgen angreifen kann, ohne vorher gegen den Hauptschuldner vorgegangen zu sein. Und das wird ein vernünftiger Gläubiger auch tun. Martinius[2] ist allerdings anderer Ansicht. Er behauptet, daß erfahrungsgemäß der Gläubiger bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft im allgemeinen geneigter sei, sich zunächst an den Hauptschuldner zu halten, als beim Schuldbeitritt sich in erster Linie an den Urschuldner zu wenden. Der Gedanke an die prinzipiell subsidiäre Natur der Bürgenhaftung wirke trotz des Verzichts auf die Einrede der Vorausklage tatsächlich nach und nehme eine gewisse moralische Beachtung für sich in Anspruch. Das will nicht einleuchten. Der Gläubiger wird es in der Regel nicht darauf ankommen lassen, daß er einen unter Umständen langwierrigen Prozeß mit dem Hauptschuldner führt, gegebenenfalls fruchtlos vollstreckt

[1] So auch **Westerkamp** (S. 171) und **Reichel** (S. 75).
[2] S. 186.

und dann doch gezwungen ist, gegen den selbstschuldnerischen Bürgen vorzugehen. Er belangt ihn gleich. Andere sehen einen Rest von Subsidarität darin, daß sich der selbstschuldnerische Bürge meistens weit vom Schuß glaube; so z. B. Reichel[1] und das Oberlandesgericht in Köln[2]. Mit derselben Berechtigung könnte man das von dem beitretenden Gesamtschuldner sagen. Das liegt in der Natur der Sache begründet. Wenn sich einem Schuldner ein anderer hinzugesellt, so hofft dieser immer, erst in zweiter Linie belangt zu werden. Nur wird er um diese Hoffnung oft betrogen. Im übrigen begibt man sich auf sehr unsicheren Boden, wenn man mit derartigen Momenten operiert. Das eine steht auf jeden Fall fest, daß der Gläubiger bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft im Ergebnis dieselbe Leistung sowohl vom Hauptschuldner wie vom Bürgen verlangen kann und nicht gezwungen ist, gegen jenen zuerst vorzugehen.

Selbstschuldnerische Bürgschaft und Schuldbeitritt erfüllen wirtschaftlich dieselben Zwecke. Hierin stimmt uns Salinger[3] und verschiedentlich die Praxis der Gerichte[4] zu. So heißt es in der Seite 21 erwähnten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg, daß der Schuldbeitritt „im praktischen Effekt" der Uebernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft gleichkomme. Im übrigen war dies früher auch die Auffassung des Reichsgerichts[5].

Uns könnte aber eingewandt werden, daß der selbstschuldnerische Bürge akzessorisch hafte, der Beitretende dagegen nicht. Das ist, wenn man der herrschenden Lehre folgt, nicht zu bestreiten. Aus diesem Unterschied kann jedoch nicht entnommen werden, daß bei der uns interessierenden Interessenlage selbstschuldnerische Bürgschaft weniger am Platze sei als Schuldbeitritt. Der Interzedent ist sachlich in gleicher oder annähernd gleicher Weise wie der Urschuldner an dem Geschäft interessiert; er ist mitinteressiert. Bei dieser Sachlage entspricht es seinen Belangen, daß seine Schuld von der des Hauptschuldners abhängt, deren Schicksal teilt. Steht er doch mit diesem in einer wirtschaftlichen Gemeinschaft. Das Gemeinsame, durch das beide verbunden sind, findet gerade in der Akzessorietät seinen Ausdruck. Man könnte deshalb sogar versucht sein, selbstschuldnerische Bürgschaft bei der gekennzeichneten Interessenlage noch für geeigneter zu erklären wie Schuldbeitritt. Aber sehen wir hiervon ab. Sie ist zum mindesten ebenso passend. Will der Dritte Herr des Schuldverhältnisses werden, seine eigenen Wege gehen, was ja nur dann anzunehmen ist, wenn sich auf ihn das Schuldinteresse vollkommen überwälzt hat, dann ist privative Schuldübernahme die zweckentsprechende Rechtsform.

---

[1] S. 295.

[2] Rhein. Arch. Bd. 100, I. Abt. B. 212.

[3] S. 84.

[4] z. B. die Oberlandesgerichte Kolmar (DJZ. 06 S. 828), Rostock (OLG Rspr. Bd. 6, S. 449) und München (OLG Rspr. Bd. 9, S. 284).

[5] RG. Bd. 51, S. 122.

Zur Bekräftigung unserer Auffassung kann man auch auf die Benennung dieses Bürgen als einen „selbstschuldnerischen" hinweisen. Diese vom BGB gewählte Bezeichnung ist nicht neu. Sie war unter der Herrschaft des früheren Rechts allgemein gebräuchlich, insbesondere bei den Notaren. Dieser Umstand und die Tatsache, daß auch unser Gesetz den Ausdruck beibehalten hat, tragen nicht zum geringsten dazu bei, daß auch heute noch der Verkehr mit einem selbstschuldnerischen Bürgen einen solchen meint, der wie der Hauptschuldner dasteht. Dazu ist das Wort „selbstschuldnerisch" zu eindeutig. Diese Vorstellung besteht aber nicht nur im Verkehr, sondern auch teilweise in der Literatur. So nennt Planck den hier interessierenden Bürgen „Selbstzahler"[1]. Lippmann[2] sagt, daß eine Unterscheidung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt garnicht möglich sei, wenn eine Bürgschaftsverpflichtung in der „äußeren Form eines Schuldbeitritts" eingegangen sei, „wenn also der Uebernehmer sich ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet habe".

Nach alledem kommen wir zu dem Ergebnis, daß in den Fällen, wo ein eigenes unmittelbares sachliches Interesse des Beitretenden vorliegt, eine Auslegung aus der Interessenlage nicht zum Ziele führt, da dieser sowohl Schuldbeitritt wie selbstschuldnerische Bürgschaft angepaßt sind. Reichel[3] bestreitet dies, muß aber einräumen, daß sich der Verkehr sehr oft der selbstschuldnerischen Bürgschaft in Fällen bediene, wo nach seiner Meinung besser ein Schuldbeitritt vereinbart worden wäre. Er sieht hierin einen „abusus". Aber schließlich darf die Tatsache, daß sich der Verkehr in dieser Weise verhält, nicht zu gering veranschlagt werden. Er hat im allgemeinen einen sicheren Instinkt dafür, welche Rechtsformen seinen Bedürfnissen entsprechen.

Interessant ist festzustellen, daß das Reichsgericht einmal versteckt zugegeben hat, daß sein Interessekriterium nicht immer zu verwenden sei. Wie schon erwähnt, legt es in einem Urteil[4] dar, daß ein sachliches unmittelbares eigenes Interesse wohl regelmäßig einen Anhalt für die Annahme eines Schuldbeitritts geben möge, daß aber ein solches Interesse unter Umständen sehr wohl auch den Beweggrund einer Bürgschaftsübernahme bilden könne. Das sieht zunächst so aus, als ob es das Reichsgericht auf die — doch meistens schwer ersichtlichen — Beweggründe abstellte. Aus seinen sonstigen Entscheidungen ist aber zu entnehmen, daß es eine Auslegung aus der Interessenlage vornimmt. Die mitgeteilte Stelle will also wohl besagen, daß bei Vorliegen eines sachlichen unmittelbaren Interesses *unter Umständen* auch Bürgschaft am Platze sein könne. Wir bejahen dies allerdings nur für die selbstschuldnerische Bürgschaft und nehmen es regelmäßig, nicht nur unter Umständen an. Ferner erklärt auch das Kammergericht[5], daß die Auslegung mittels des Interessekriteriums nicht zwingend sei. Es beruft sich dabei auf das ebenerwähnte Erkenntnis.

---

[1] II, § 773, 1 S. 836.

[2] Arch. f. zivil. Pr. Bd. 107, S. 63.

[3] S. 261.

[4] RG Bd. 90, S. 415.

[5] JW 27, S. 1109.

Unserer Meinung am nächsten scheint Wienstein[1] zu stehen, der bei Besprechung des Interessekriteriums die Frage aufwirft, ob nicht gerade das eigene Interesse ein besonders häufiger Fall der Veranlassung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft sein werde. Weitere Ausführungen hierüber fehlen aber.

Kapitel IV.

§ 10.

Die Befragung der Verkehrssitte rechtfertigt die Auslegungsregel:

Im Zweifel Bürgschaft.

So ergibt sich denn die Notwendigkeit, ein anderes Auslegungsmittel zu suchen. Wir glauben dies auch zu finden, und zwar dadurch, daß wir die Verkehrssitte erforschen. Wir fragen, ob der Verkehr neben der Bürgschaft auch einen Schuldbeitritt zu vereinbaren pflegt, und wenn dies zu bejahen ist, unter welchen Umständen er dies tut. Die Antwort lautet, daß schon das erstere nicht zutrifft. Banken, Kaufleute, Gewerbetreibende aller Art, überhaupt alle Kreise bei denen Zahlungen, Kreditierungen usw. vorkommen, kennen den Schuldbeitritt — von wenigen Ausnahmen abgesehen[2] — nicht. Sie bedienen sich stets der Bürgschaft und zwar meistens der selbstschuldnerischen.

Diese Tatsache findet auch ihre Erklärung. Der Verkehr ist es gewesen, der sr. Zt. die heute im Gesetz geregelten Vertragstypen geschaffen hat. Nicht hat etwa das Gesetz diese gebildet und dann zur Anwendung empfohlen. Das wird ohne weiteres einleuchten. Ebenso wird nicht zu bestreiten sein, daß sich das Verkehrsleben an die Vertragsarten zu halten pflegt, die in das Gesetz Eingang gefunden haben. Ausnahmen finden sich nur da, wo zwingende Gründe vorliegen. So hat sich z. B. der Trödelvertrag durchgesetzt; die gesetzlichen Vertragsarten konnten den von ihm zu befriedigenden Interessen nicht dienen. Das Gleiche ist der Fall beim Garantievertrag, dem Versprechen, für einen bestimmten Erfolg einzustehen. Anders ist es aber beim Schuldbeitritt. Wir haben gesehen, daß der selbstschuldnerische Bürge im praktischen Ergebnis wie ein Kumulativschuldner dasteht. Da nun die selbstschuldnerische Bürgschaft im Gesetz geregelt ist, der Schuldbeitritt aber nicht, so greift das Verkehrsleben zur ersteren, weil es diese kennt und besonders, weil für die zweite kein Bedürfnis besteht[3].

Man frage einmal bei den in Frage kommenden Stellen an. Verfasser hat dies getan. Er hat sich an die Justitiare, Syndici und

---

[1] Gruchot Beitr. Bd. 53, S. 557.

[2] Auf diese wird noch weiter unten einzugehen sein.

[3] In letzterem stimmt uns Witte (S. 71) zu. Seiner daraus gezogenen Folgerung, daß dem Schuldbeitritt jede Existenzberechtigung abzusprechen sei, schließen wir uns allerdings nicht an.

Rechtsberater aus den verschiedensten Kreisen des Wirtschaftslebens gewandt. Er hat immer die Antwort bekommen, daß der Schuldbeitritt unbekannt und die selbstschuldnerische Bürgschaft das allgemein gebräuchliche sei. In vielen Fällen mußte überhaupt erst erklärt werden, was unter Schuldbeitritt zu verstehen ist. Viele Institute, Firmen usw., die mit dem Kreditwesen zu tun haben, führen eine Menge Vertragsformulare. Unter diesen ist niemals ein Formular für Schuldbeitrittserklärung zu finden, wohl aber ein sehr eingehend ausgearbeitetes über das Versprechen einer selbstschuldnerischen Bürgschaft.

Am berufensten zur Beantwortung der Frage, ob der Verkehr die uns hier interessierende Rechtsform kennt, erscheinen jedoch die Rechtsanwälte. Wendet man sich an diese, so bekommt man zur Antwort, daß Schuldbeitritt immer erst im Prozeß in die Erscheinung trete, und zwar in den Fällen, wo ein Bürgschaftsversprechen nicht schriftlich abgegeben worden sei. Es handelt sich hier um jenen bereits erwähnten typischen Fall, der der Praxis der Gerichte sattsam bekannt ist. Der Dritte, der ein mündliches Bürgschaftsversprechen abgegeben hat, beruft sich, sobald er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, auf die mangelnde Form .Der Gläubiger geht zum Anwalt, der dann dieses Versprechen als nicht formbedürftigen Schuldbeitritt ansieht und sich auf diesen stützend einen Prozeß anstrengt. Beiden Parteien kam vorher garnicht der Gedanke, daß das Versprechen des Beklagten etwas anderes als eine Bürgschaft sein könnte. Es ist eine oft beobachtete Erscheinung, daß immer dann, wenn von zwei sich wirtschaftlich ähnlichen Vertragsarten die eine der Form bedarf, die andere nicht, diese Tatsache von den Parteien ausgenutzt wird. So ist es auch bei Bürgschaft und Schuldbeitritt. Liegt ein wegen Formmangels nichtiges Bürgschaftsversprechen vor, so ist man — verständlicherweise — bemüht, dem darin zu Tage tretenden Verpflichtungswillen Geltung zu verschaffen. Und da muß dann der Schuldbeitritt als Aushilfsmittel herhalten. Das wird uns auch von Wienstein[1] und Fricke[2] bestätigt.

So erklärt sich, warum sich die Gerichte verhältnismäßig oft mit Schuldbeitritt befassen müssen. Das liegt an dem erwähnten Umstand. Es wäre deshalb ein Fehlschluß, daraus, daß sich das Reichsgericht mit diesen Fragen häufig befaßt hat, schließen zu wollen, daß Schuldbeitritt dem Verkehr geläufig sei.

Zu denken geben muß auch die Tatsache, daß manche Juristen seine Daseinsberechtigung bestreiten. Wenn es auch nur wenige sind, so deutet das doch daraufhin, daß er erst recht nicht dem Laien bekannt ist. Er hat lange um die Anerkennung seiner selbständigen Existenz ringen müssen. Den Anstoß zu wissenschaftlichen Erörterungen über ihn gaben jene beiden Reichsgerichtsentscheidungen[3] aus der Zeit unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB. Zunächst beschäftigte man sich sehr ausgiebig mit der Formfrage, später untersuchte man die rechtliche Struktur. Gedacht ist hier vor allem an die Arbeiten von Reichel und Westerkamp. Der

[1] Arch. f. Bürg. Recht Bd. 31, S. 15.

[2] S. 26.

[3] RG Bd. 51, S. 121; Bd. 59, S. 232.

Schuldbeitritt hielt damit seinen Einzug in die juristische Gedankenwelt. Das hatte aber nicht zur Folge, daß er auch in das Verkehrsleben einging. Dieses hatte ihn vor Inkrafttreten des BGB nicht gekannt und nicht nach ihm verlangt und tat dies auch später nicht. Es ist doch unwahrscheinlich, daß auf einmal ein Bedürfnis für ihn entstanden wäre. Die selbstschuldnerische Bürgschaft nahm und nimmt seinen Platz ein. Wäre sie nicht vorhanden, so wäre eine Lücke da, zu deren Ausfüllung sich der Verkehr des Schuldbeitritts bedient hätte. Es will deshalb auch fraglich erscheinen, ob er sich allzubald eine Stellung im praktischen Leben erobern wird.

Wir deuteten schon an, daß Ausnahmen vorkämen. So wird sich natürlich nicht bestreiten lassen, daß von den Parteien hie und da auch ein Schuldbeitritt vereinbart wird .Hierbei handelt es sich aber nur um Ausnahmen[1]. In diesen Fällen hat meistens ein Rechtskundiger mitgewirkt und die Willenserklärung abgefaßt. Solche Erklärungen gehören nur selten zu den Zweifelsfällen, die der Auslegung bedürfen. Denn wer den Schuldbeitritt kennt, kennt auch die im Verkehr viel häufigere und bekanntere Bürgschaft, er wird sich also klar ausdrücken.

Und dann gibt es noch einen anderen Fall des Schuldbeitritts, den man im Anschluß an Reichel[2] den Schuldbeitritt faute de mieux nennen könnte. Wir müssen dabei von dem Fall ausgehen, daß sich das Schuldinteresse vollkommen verschoben hat. Dann ist, wie bereits dargelegt, privative Schuldübernahme am Platze. Zu ihrer Vereinbarung bedarf es stets der Mitwirkung des Gläubigers, §§ 414, 415. Dieser wird sich jedoch in vielen Fällen nicht entschließen können, seinen alten Schuldner freizugeben. Zwei Schuldner sind ihm lieber als nur einer. Versagt er seine Zustimmung, so wird man auf Schuldbeitritt schließen dürfen. Die evtl. Absicht hierauf ist in der Absicht auf Schuldübernahme mitenthalten. Der Schuldbeitritt ist, was die Schuldüberwälzung angeht, das weniger weitgehende Rechtsgebilde, bei ihm wird die Schuld nur unvollkommen verschoben. In diesem Sinne erscheint er als das Mindere. In der Absicht auf das Mehr ist aber für den Fall, daß dies nicht zu erreichen ist, die Absicht auf das Weniger normalerweise miteingeschlossen. Dies gilt sowohl für den Vertrag nach § 414 wie nach § 415. Das wird auch allgemein angenommen, so z. B. von Reichel[3] und Westerkamp[4]. Nur Strohal[5] lehnt es bei der Vereinbarung nach § 415 ab. Er legt dar, daß der Urschuldner eine solche evtl. Absicht nicht habe, da seine Lage durch eine Kumulativhaftung des Dritten verschlechtert werde. Wir

---

[1] Zustimmend von Blume (S. 426), Schurter (S. 375/376), Dernburg (II, 1 S. 402), Schneider (S. 33), Hellwig (Die Verträge auf Leistung an Dritte S. 179), Lippmann (Iher. Jahrb. Bd. 48, S. 328), OLG Braunschweig (Seuff. Arch. Bd. 59, S. 398) und andere.

[2] S. 274.

[3] S. 274.

[4] S. 349.

[5] S. 407.

wollen von einer Stellungnahme absehen. Der Fall eines Vertrages zwischen Erstschuldner und Drittem hat für unsere Aufgabe kein Interesse, da die Frage, wann Bürgschaft und Schuldbeitritt gemeint ist, nur auftreten kann, wenn ein Vertrag zwischen Interzedenten und Gläubiger vorliegt.

Dieser Schuldbeitritt als Ersatzmittel für Schuldübernahme kommt ziemlich häufig vor. Denn viele Gläubiger können sich nun einmal aus naheliegenden Gründen nicht entschließen, ihren alten Schuldner aus der Hand zu geben. Als das primär Gewollte begegnet er uns aber im praktischen Leben nicht. Dieser unserer Auffassung stimmt auch Levy[1] zu. Er erwähnt dann noch einen anderen Fall eines evtl. gewollten Schuldbeitritts. Er geht davon aus, daß der Dritte neben dem Schuldner als Hauptpartei (bei gegenseitigen Verträgen als Schuldner und Gläubiger) in das ganze Vertragsverhältnis eintreten wollte, ein voller Vertragsbeitritt aber mangels der nach § 305 erforderlichen Hinzuziehung des Urschuldners nicht erreicht wird. Dann bleibe als Rest des beiderseits Gewollten nur ein Schuldbeitritt übrig. Darin wird man ihm zustimmen müssen.

Wenn wir zugeben, daß diese beiden Arten eines Schuldbeitritts im Verkehrsleben vorkommen, so scheint das unserer oben aufgestellten Behauptung, daß der Verkehr den Schuldbeitritt nicht kenne, zu widersprechen. Aber nur scheinbar. Wir dürfen nicht vergessen, daß der Schuldbeitritt faute de mieux ein Ersatzmittel ist. Die Parteien wollen ihn nur, wenn sie ihr Hauptziel, privative Schuldübernahme oder Vertragsbeitritt, nicht erreichen können. Und ob sie sich ihr evtl. beabsichtigtes Ziel klar vor Augen halten, will auch sehr fraglich erscheinen. Meistens „schafft" ihnen doch erst der Richter diese Rechtsform im Wege der Auslegung.

Wir haben die Verkehrssitte befragt und haben auch eine Antwort erhalten. Diese berechtigt uns zu der Auslegungsregel: Im Zweifel liegt Bürgschaft vor.

Reichel[2] und Westerkamp[3] bestreiten, daß eine Befragung der Verkehrssitte Erfolg habe. Reichel ist der Auffassung, daß sich eine solche noch garnicht in dem Sinne gebildet habe, daß nun die in Frage kommenden Kreise unter den und den Umständen Bürgschaft und unter andersgearteten Umständen Schuldbeitritt vereinbaren würden. Westerkamp leugnet, daß sich eine Verkehrsgepflogenheit überhaupt bilden könne, da die Gegensätze zwischen den beiden uns interessierenden Rechtsformen zu stark seien. Jede könne nur ganz bestimmten, ihr eigentümlichen wirtschaftlichen Zwecken dienen. Dieser Gegensätze könne der Verkehr nicht Herr werden. Diese Begründungen gehen fehl. Beide Autoren gehen davon aus, daß der Schuldbeitritt dem Verkehrsleben bekannt sei. Auf dieser Grundlage wären ihre Darlegungen verständlich und müßte man sich mit ihnen auseinandersetzen. Die erwähnte Voraussetzung trifft aber, wie dargelegt, nicht zu. Und zwar sind wir zu diesem Ergebnis gerade

---

[1] S. 335 zu Nr. 4.

[2] S. 235.

[3] S. 289.

durch Erforschung der Verkehrssitte gekommen. — Reichels und Westerkamps Standpunkt ist übrigens verständlich, wenn man bedenkt, daß beide bemüht waren, dem Schuldbeitritt neues Leben zu geben. Daß sie dabei übersahen, daß sein Dasein vorläufig nur ein juristisches ist, ist bei ihrer Einstellung zu verstehen.

Unsere Auslegungsregel wurde früher vom Reichsgericht befürwortet. In der zweiten über unsere Fragen ergangenen Entscheidung[1] wird ausgeführt, daß der Regel nach und im Zweifel die sogenannte kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft sei. Vom Interessekriterium ist noch keine Rede. Aber auch nach dessen Aufstellung kehrt dieser Standpunkt immer wieder[2]. Das Reichsgericht sagt nun nicht ausdrücklich, daß es zu der gekennzeichneten Auslegungsregel auf Grund einer Befragung der Verkehrssitte gekommen sei. Man darf dies aber unbedenklich annehmen. Der Schuldbeitritt kam ihm als etwas so Neuartiges und Unbekanntes vor, daß es mit ihm zunächst noch nichts Rechtes anzufangen wußte. Er war ihm in seiner Praxis noch nicht vorgekommen. Diese steht aber in allerengster Fühlungnahme mit den Vorgängen des Verkehrslebens. Aus deren Betrachtung leitete es seine Auffassung ab. Daß es später immer schuldbeitrittsfreundlicher wurde, ist nicht zum mindesten auf den Druck der Literatur zurückzuführen. Nachdem diese den Schuldbeitritt in weitestem Ausmaße erörtert hatte, glaubte es, dem Rechnung tragen zu müssen. Hierbei kann man aber immer wieder Hemmungen feststellen.

Von anderer Seite scheint, soweit zu übersehen ist, unsere Auslegungsregel nicht befürwortet zu werden. Oder man müßte auch die hinzurechnen, die das praktische Vorkommen des Schuldbeitritts in Abrede stellen. Wir wollen dies aber nicht tun, da sie die Frage einer Auslegungsregel nicht in den Kreis ihrer Erörterungen gezogen haben.

---

[1] RG Bd. 59, S. 232.

[2] RG Bd. 64, S. 318; Bd. 68, S. 126; JW. 08, S. 31, 137, 676; Warn. Rspr. 05, Nr. 88 und 291.

Anhang.

Umdeutung von Bürgschaft in Schuldbeitritt.

Die Frage der Umdeutung (Konversion) gehört streng genommen nicht zu unserem Thema. Eine kurze Erörterung rechtfertigt sich aber deshalb, weil auch sie zu dem Aufgabenkreis des auslegenden Richters gehört.

Nehmen wir den Fall an, daß die Parteien unzweifelhaft eine Bürgschaft vereinbart, hierbei aber nicht die nach § 766 erforderliche Form beobachtet haben. Die dadurch bewirkte Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hat man oft als Unbilligkeit für den Gläubiger empfunden. Um einen Ausweg zu finden, hat man zu dem Mittel der Umdeutung gegriffen. Nach § 140 gilt, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht, das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. So halten z. B. Oertmann[1] und Wolff[2] die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf unseren Fall für zulässig. Man wird ihnen aber nicht beitreten können, da das objektive Tatbestandsmerkmal des § 140, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen entspricht, im Verhältnis zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt niemals gegeben sein kann.

Nach allgemeiner Auffassung[3] ist Voraussetzung für eine Umdeutung, daß das nichtige Rechtsgeschäft den Tatbestand eines anderen vollkommen in sich enthält und auch dessen sonstigen Erfordernissen, z. B. hinsichtlich der Form, entspricht; oder, wie das Reichsgericht[4] einmal gesagt hat, daß die Willenserklärungen, die zur Hervorbringung der von den Beteiligten in erster Linie gewollten Rechtsfolgen nicht geeignet sind, zugleich die Bestandteile eines anderen Rechtsgeschäfts in sich schließen. Auf das uns interessierende Beispiel angewandt, bedeutet das, daß die auf eine Bürgschaftsübernahme gerichtete Willenserklärung zugleich einen Schuldbeitritt mitumfassen muß. Das trifft aber nicht zu. Wir hatten schon öfters Gelegenheit darauf hinzuweisen, daß der Bürge ein Einstehen, der Beitretende hingegen dieselbe Leistung wie der Urschuldner schuldet; daß die Haftung des Bürgen akzessorisch und — von der selbstschuldnerischen Bürgschaft abgesehen —

---

[1] Anm. 1 zu § 140.

[2] S. 47.

[3] siehe insbes. Staud. Anm. 2 zu § 140, Planck Anm. 1 zu § 140, RGRK Anm. 1 zu § 140 und auch Oertmann Anm. 1 zu § 140.

[4] Seuff. Arch. Bd. 80, Nr. 110.

subsidiär ist; daß die Schuld des Beitretenden nach der herrschenden Lehre zwar in der Entstehung von der Urschuld abhängig, im übrigen aber nicht akzessorisch, ferner nicht subsidiär ist. Beide Rechtsformen unterscheiden sich also in der rechtlichen Struktur grundlegend. Dies hat zur Folge, daß es keine Bürgschaft gibt, die zugleich Schuldbeitritt, und keinen Schuldbeitritt, der zugleich Bürgschaft wäre. Das Versprechen für die Erfüllung der Schuld durch den Hauptschuldner einstehen zu wollen, enthält nicht zugleich auch das Versprechen, dasselbe schulden zu wollen wie der Urschuldner, und umgekehrt. Ebenso verhält es sich bezüglich der Akzessorietät und Subsidarität. Ganz anders ist das z. B. bei einem formungültigen eigenen Wechsel; in diesem steckt ein Schuldanerkenntnis. Oder bei einem nichtigen Erbvertrag; in diesem kann ein Testament mit enthalten sein.

Wir halten also daran fest, daß eine Umdeutung zwischen unseren beiden Rechtsinstituten ausgeschlossen ist. Hierin stimmen uns Reichel[1] und Westerkamp[2] zu. Sie geben eine ähnliche Begründung wie wir. Es beruht deshalb auf einem Irrtum, wenn sich Ortmann zur Stützung seiner abweichenden Auffassung auf Westerkamp beruft.

Würde man eine Umdeutung zulassen, so hätte dies im übrigen zur Folge, daß das Schrifterfordernis der Bürgschaft bedeutungslos würde. Denn jedes wegen Formmangels nichtige Bürgschaftsversprechen würde dann als Schuldbeitritt angesehen werden[3].

---

[1] Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, S. 125 ff.
[2] S. 340.
[3] Endemann DJZ 1910, S. 22.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 23. 9. 1903 zu Schwäbisch-Gemünd als erster Sohn des nachmaligen Direktors der Fachschule für die Stahlwarenindustrie in Solingen Professor Georg Bindhardt und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Dietzer. Ostern 1922 erhielt ich das Reifezeugnis des Gymnasiums zu Solingen. Ich besuchte anschließend die Universität in Marburg. Weihnachten 1925 bestand ich in Cassel das Referendarexamen. Meine Ausbildung als Gerichtsreferendar erhielt ich in Düsseldorf. Weihnachten 1929 bestand ich das Assessorexamen. Am 27. 5. 1930 legte ich die Doktorprüfung ab.